This is a reproduction of a library book that was digitized by Google as part of an ongoing effort to preserve the information in books and make it universally accessible.

Google books

https://books.google.com

A propos de ce livre

Ceci est une copie numérique d'un ouvrage conservé depuis des générations dans les rayonnages d'une bibliothèque avant d'être numérisé avec précaution par Google dans le cadre d'un projet visant à permettre aux internautes de découvrir l'ensemble du patrimoine littéraire mondial en ligne.

Ce livre étant relativement ancien, il n'est plus protégé par la loi sur les droits d'auteur et appartient à présent au domaine public. L'expression "appartenir au domaine public" signifie que le livre en question n'a jamais été soumis aux droits d'auteur ou que ses droits légaux sont arrivés à expiration. Les conditions requises pour qu'un livre tombe dans le domaine public peuvent varier d'un pays à l'autre. Les livres libres de droit sont autant de liens avec le passé. Ils sont les témoins de la richesse de notre histoire, de notre patrimoine culturel et de la connaissance humaine et sont trop souvent difficilement accessibles au public.

Les notes de bas de page et autres annotations en marge du texte présentes dans le volume original sont reprises dans ce fichier, comme un souvenir du long chemin parcouru par l'ouvrage depuis la maison d'édition en passant par la bibliothèque pour finalement se retrouver entre vos mains.

Consignes d'utilisation

Google est fier de travailler en partenariat avec des bibliothèques à la numérisation des ouvrages appartenant au domaine public et de les rendre ainsi accessibles à tous. Ces livres sont en effet la propriété de tous et de toutes et nous sommes tout simplement les gardiens de ce patrimoine. Il s'agit toutefois d'un projet coûteux. Par conséquent et en vue de poursuivre la diffusion de ces ressources inépuisables, nous avons pris les dispositions nécessaires afin de prévenir les éventuels abus auxquels pourraient se livrer des sites marchands tiers, notamment en instaurant des contraintes techniques relatives aux requêtes automatisées.

Nous vous demandons également de:

+ *Ne pas utiliser les fichiers à des fins commerciales* Nous avons conçu le programme Google Recherche de Livres à l'usage des particuliers. Nous vous demandons donc d'utiliser uniquement ces fichiers à des fins personnelles. Ils ne sauraient en effet être employés dans un quelconque but commercial.

+ *Ne pas procéder à des requêtes automatisées* N'envoyez aucune requête automatisée quelle qu'elle soit au système Google. Si vous effectuez des recherches concernant les logiciels de traduction, la reconnaissance optique de caractères ou tout autre domaine nécessitant de disposer d'importantes quantités de texte, n'hésitez pas à nous contacter. Nous encourageons pour la réalisation de ce type de travaux l'utilisation des ouvrages et documents appartenant au domaine public et serions heureux de vous être utile.

+ *Ne pas supprimer l'attribution* Le filigrane Google contenu dans chaque fichier est indispensable pour informer les internautes de notre projet et leur permettre d'accéder à davantage de documents par l'intermédiaire du Programme Google Recherche de Livres. Ne le supprimez en aucun cas.

+ *Rester dans la légalité* Quelle que soit l'utilisation que vous comptez faire des fichiers, n'oubliez pas qu'il est de votre responsabilité de veiller à respecter la loi. Si un ouvrage appartient au domaine public américain, n'en déduisez pas pour autant qu'il en va de même dans les autres pays. La durée légale des droits d'auteur d'un livre varie d'un pays à l'autre. Nous ne sommes donc pas en mesure de répertorier les ouvrages dont l'utilisation est autorisée et ceux dont elle ne l'est pas. Ne croyez pas que le simple fait d'afficher un livre sur Google Recherche de Livres signifie que celui-ci peut être utilisé de quelque façon que ce soit dans le monde entier. La condamnation à laquelle vous vous exposeriez en cas de violation des droits d'auteur peut être sévère.

À propos du service Google Recherche de Livres

En favorisant la recherche et l'accès à un nombre croissant de livres disponibles dans de nombreuses langues, dont le français, Google souhaite contribuer à promouvoir la diversité culturelle grâce à Google Recherche de Livres. En effet, le Programme Google Recherche de Livres permet aux internautes de découvrir le patrimoine littéraire mondial, tout en aidant les auteurs et les éditeurs à élargir leur public. Vous pouvez effectuer des recherches en ligne dans le texte intégral de cet ouvrage à l'adresse `http://books.google.com`

Digitized by Google

Sur. is. 152 hc

Reine

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE

LÉGISLATION

ET DE

JURISPRUDENCE

PAR MM.

TROPLONG
Premier président à la Cour de cassation, Membre de l'Institut.

L. WOLOWSKI
Membre de l'Institut.

PAUL PONT
Docteur en droit, Conseiller à la Cour impériale de Paris.

ANCIENS DIRECTEURS DE LA REVUE CRITIQUE ET DE LA REVUE DE LÉGISLATION;

FAUSTIN HÉLIE
Membre de l'Institut, Conseiller à la Cour de cassation.

NICIAS GAILLARD
Président de chambre à la Cour de cassation.

LAFERRIÈRE
Membre de l'Institut, Inspecteur général des Facultés de droit.

DE VALROGER
Professeur de l'histoire du droit à la Faculté de Paris.

COIN-DELISLE
Avocat à la Cour impériale de Paris.

AVEC LA COLLABORATION DE MM.

DELANGLE
Premier président de la Cour impériale de Paris.

DE ROYER
Ministre de la Justice.

ROULAND
Ministre de l'instruction publique.

DEMOLOMBE
Doyen de la Faculté de droit de Caen.

CH. GIRAUD
Membre de l'Institut et Professeur à la Faculté de droit de Paris.

E. LABOULAYE
Membre de l'Institut, Professeur au collége de France.

FL. MIMEREL
Avocat au Conseil d'État, à la Cour de cassation et du Ministère de l'Intérieur.

MOLINIER
Professeur à la Faculté de droit de Toulouse.

ORTOLAN
Professeur de législation pénale comparée à la Faculté de droit de Paris.

KŒNIGSWARTER
Membre correspondant de l'Institut.

REVERCHON
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

BERGSON
Docteur en droit.

JOUSSELIN
Avocat au Conseil d'État et à la Cour de cassation.

TOME XIII. — 8me ANNÉE.

PARIS,

COTILLON, ÉDITEUR, LIBRAIRE DU CONSEIL D'ÉTAT,

Au coin de la rue Soufflot, 23.

1858

Digitized by Google

BIBLIOTHECA
REGIA
MONACENSIS

Digitized by Google

REVUE CRITIQUE

DE LÉGISLATION

ET DE JURISPRUDENCE.

EXAMEN DOCTRINAL

D'arrêts relatifs à la réserve des ascendants.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

Questions : Quand un petit-fils a exhérédé tous ses frères par l'institution universelle d'un étranger, l'aïeul peut-il exercer sa réserve légale avant que les frères du testateur aient fait acte de renonciation à la succession? Cette renonciation n'est-elle pas au moins superflue?

Montpellier, 19 novembre 1857; *D.*, 58, 2, 25. — Quand le testateur qui institue un étranger pour légataire universel n'a d'héritiers présomptifs que des frères, sœurs ou descendants d'eux, et que cependant il laisse un ou plusieurs ascendants autres que ses père et mère, l'ascendant a-t-il néanmoins, comme réservataire, la saisine légale de la succession, de sorte que, pour retenir sa réserve, il n'ait pas besoin que ses petits-enfants, frères, sœurs ou neveux du défunt, fassent un acte de renonciation à la succession?

C'est là une question à laquelle la jurisprudence n'a pas encore répondu, et qui, pourtant, ne devrait pas faire une difficulté. Les frères, sœurs et neveux écartés de la succession par un testament en forme ne sont pas héritiers si le testament portant institution universelle d'un étranger ne tombe pas; donc, dès le jour de l'ouverture de la succession, l'héritier institué ne trouve pas d'obstacle à sa saisine dans la présence des frères, sœurs ou neveux qui ne sont pas héritiers à réserve; il se trouve donc en face de l'aïeul, qui est, lui, dès l'instant du

Digitized by Google

décès saisi de la succession universelle pour en retirer sa réserve. S'il est saisi, il n'a donc nul besoin que les frères, sœurs ou neveux, ses petits-enfants, fassent une renonciation qu'aucune loi ne leur prescrit.

La question a cependant paru difficile, et la pratique, toujours méticuleuse, fait des efforts pour qu'elle ne s'élève pas. On le conçoit. Le notaire, l'avoué ou l'avocat de l'aïeul du second degré, ou des frères et sœurs, examine le testament, en reconnaît la validité, et détermine les frères, sœurs ou neveux à renoncer à une succession qui ne leur est pas échue..... Ce n'est pas un sacrifice, puisqu'ils n'y ont pas de droits; donc, ce n'est même pas une renonciation, malgré la présence matérielle d'un acte au greffe.

Quoi qu'il en soit, la pratique existe; elle est générale. Les Conseils disent aux ascendants : « Faites renoncer vos petits-» enfants (frères ou neveux du défunt), parce que, dans une » succession où l'aïeul trouve en concours des frères du défunt, » l'aïeul n'est ni héritier ni réservataire; et vos petits-enfants » ne refuseront pas de faire cette renonciation, puisqu'un tes-» tament valable les dépouille. Alors vous vous trouverez seuls » héritiers du sang, et vous obtiendrez votre réserve, que sans » cela on pourrait vous refuser. »

Aussi la question que nous avons posée en tête de cet article n'est pas celle qu'ont jugée les arrêts. Ils se bornent à dire *que ces renonciations sont permises :* ce qui déciderait contre nous la question fondamentale.

Passons donc d'abord aux espèces résultant des recueils; voyons bien leur pensée; puis, celle des auteurs, et nous établirons ensuite la seule doctrine que nous croyons vraie.

Première espèce. — Vers 1838, mort de la dame Lucas, née Thueux. — Elle ne laissait pas d'enfants, et institua pour légataire universel le sieur Lucas, son mari.

Elle avait pour ascendants son aïeul paternel, M. Thueux, et sa grand'mère maternelle, madame Ledu, et pour sœur germaine madame Jullon, qui avait un fils mineur.

Madame Ledu, aïeule maternelle, comparut à l'inventaire en qualité d'héritière. — Le sieur Lucas lui contesta sa qualité : « Puisque ma femme a laissé pour seule et unique héritière madame Jullon, sa sœur, vous n'êtes pas appelée à la succession légitime, car il faut être héritier pour être réservataire; et puis-

Digitized by Google

que je l'emporte, comme légataire universel, sur la sœur de ma femme, et que sans le testament ma belle-sœur exclurait les ascendants, je dois, à plus forte raison, l'emporter sur les ascendants eux-mêmes. *Si vinco fortiorem te, à fortiori te vincam.* »

Les conseils de l'aïeule voulurent écarter cette argumentation aussi fausse que subtile. Ils conseillèrent donc de faire faire une renonciation tant par madame Jullon que par son fils mineur, dans les formes prescrites en minorité. Selon nous, il n'était pas besoin de cette procédure ni de toutes ses formes; et cependant, en consultation préliminaire, nous aurions sans doute donné le même conseil, car il est du devoir de l'avocat de faire disparaître le prétexte d'un procès, quand les précautions ne nuisent à personne.

Il ne restait donc plus apparence de sœur ni de neveu appelés à la succession de la testatrice. Si l'on pouvait regarder madame Jullon et son fils comme héritiers en face d'un testament, leur renonciation semblait avoir fixé *ab initio* la qualité d'héritier sur la tête des deux ascendants, et l'on ne devait plus tenir compte de ce que la sœur et le neveu avaient pu être présomptifs héritiers.

Lucas soutint alors que la dévolution ne devait pas être comparée à l'accroissement. Il paraissait naturel que l'accroissement eût un effet rétroactif, parce qu'alors chaque héritier a un droit universel de saisine sur toutes et sur chaque partie de la succession, et que la retraite de l'un des héritiers trouve les autres en possession de l'universalité, qui ne peut décroître; mais la dévolution était un fait postérieur à la succession; les ascendants n'avaient donc pas eu de saisine *ab initio*, puisque l'entière succession reposait sur la tête unique de la sœur.

Néanmoins Lucas perdit son procès, le 10 avril 1839, au tribunal civil de la Seine; le 16 juillet suivant, devant la Cour royale de Paris, et le 11 mai 1840, devant la Cour de cassation. — V. D., 40, 1, 196; Dev. et Car., 39, 2, 359, et 40, 1, 680; *Pal.*, 1839, t. II, p. 82, et 1840, t. I, p. 650.

Ce qu'il faut bien remarquer (car l'étude des arrêts est plus difficile qu'on ne pense), c'est que la question qui s'agitait en Cour de cassation ne pouvait pas porter sur la question de savoir si les renonciations avaient été nécessaires pour faire acquérir un droit aux aïeuls; elle ne pouvait porter, d'après l'arrêt atta-

Digitized by Google

qué, et ne portait *re ipsâ* que sur les effets des renonciations. C'est ce qui explique les motifs de l'arrêt de rejet. « Si l'article » 750 du Code préfère aux ascendants les frères et sœurs dans » la délation des successions, il n'en peut résulter que l'ascen- » dant, *devenant* héritier par suite de la renonciation des frères » et sœurs, soit privé de sa réserve fixée par l'article 915; [*car* » *puisque*] suivant l'article 785, l'héritier renonçant est censé » n'avoir jamais été héritier, et que, suivant l'article 786, la part » du renonçant, s'il est seul, est dévolue au degré subséquent, » il s'ensuit que, quand les frères et sœurs d'une personne morte » sans postérité renoncent à sa succession, les ascendants, qui » viennent à leur place dans l'hérédité, ont droit à la réserve, » et recueillent, suivant l'article 915, les biens réservés dans » l'ordre où la loi les appelle à succéder. »

Ainsi, on ne peut pas conclure de l'arrêt que si l'ascendant n'eût pas été protégé par des renonciations, la Chambre des requêtes eût admis le pourvoi ni que la Chambre civile eût cassé. Le pourvoi était fondé sur la prétendue violation des articles 785, 786 et 915 : il devait décider seulement que ces articles n'avaient pas été violés.

Deuxième espèce. — C'est l'arrêt de Montpellier, daté au commencement de cet article.

Le testament du sieur Sarrail, décédé sans postérité, instituait sa femme pour légataire universelle.

Le testateur avait pour héritier présomptif Pascal Sarrail, son frère, et laissait d'ailleurs une aïeule maternelle, la veuve Fournier.

Pascal Sarrail fit au greffe du tribunal un acte de renonciation à la succession de sa sœur.

Puis la veuve Fournier, s'appuyant sur cette base, se porta héritière de sa petite-fille pour retenir sa réserve.

Le mari, légataire universel, prétendit que la renonciation du frère à la succession de sa sœur était un acte frauduleux et illicite concerté entre lui et l'aïeule pour arriver à faire rentrer dans la famille des biens que le testament en faisait sortir, et dont le frère profiterait plus tard dans la succession de l'ascendant..... C'est sur ce point que la Cour de Montpellier a principalement statué. Elle a dit « que la présence » d'un légataire universel ne saurait dépouiller l'héritier du sang » de la faculté qui lui est accordée par la loi, en termes abso-

Digitized by Google

» lus et généraux, de renoncer à la succession; qu'il ne faut
» pas faire dépendre l'existence d'un droit de l'émolument plus
» ou moins réel ou incertain qui peut y être attaché; que, dans
» l'espèce, en abdiquant sa qualité d'héritier, Pascal Sarrail
» n'abandonnait pas un titre vain et sans utilité possible, puis-
» que c'est ce titre seul qui lui aurait permis d'attaquer le tes-
» tament et de rentrer dans les biens légués, *si le testament eût*
» ÉTÉ NUL; d'où suit que sa renonciation ne peut être considérée
» comme un acte dépourvu de valeur et sans aucune portée;
» que ce droit absolu et réel de renonciation étant ainsi re-
» connu, il serait injuste *et irrationnel* d'en dépouiller Pascal
» Sarrail, sous le prétexte qu'il ne l'aurait exercée qu'en vue
» d'appeler, à son défaut, d'autres héritiers au partage de la
» succession, puisque d'ailleurs ce nouvel ordre de dévolution
» n'est que l'exécution des dispositions formelles de la loi. »

Certes, ces arrêts sont justes au fond; mais ils ont ce défaut capital *de faire penser* que la renonciation des frères est *nécessaire* pour que l'ascendant ait droit à la réserve en face du légataire universel étranger. C'est une erreur de la pratique. Selon nous, la succession testamentaire efface pleinement la succession légitime à l'égard des collatéraux. Dès que le testament est valable et qu'il porte une institution d'héritier, les frères n'ont jamais été héritiers; le légataire universel s'est trouvé en face des ascendants *tout seuls*, et, dès le jour du décès, les ascendants ont été, de fait comme de droit, saisis de la succession tout entière, pour y retenir leur réserve et délivrer le reste au légataire. Ils ont ainsi leur saisine, non par l'effet d'une dévolution, mais par l'effet d'une exclusion des frères; non par la force d'une renonciation des héritiers de l'ordre à eux préférable, mais par la force actuelle de leur droit, étant les seuls héritiers pour lesquels la loi a refusé saisine au légataire universel. Le tort des arrêts a été de chercher dans le droit un remède là où il n'y avait pas de maladie.

Voyez donc les inconvénients sans nombre qui surgiraient si, pour exercer sa réserve, l'ascendant avait besoin que les frères ou les neveux fissent une renonciation en forme. Supposez le frère ou le neveu survivant mauvais petit-fils; supposez-le au milieu d'affaires embarrassées, ami particulier du légataire universel, ayant avec lui des intérêts pécuniaires à ménager, débiteur envers ce légataire universel de sommes importantes

Digitized by Google

prochainement exigibles, sinon échues; supposez-le dans une carrière où son avancement et ses succès dépendent de l'héritier institué; supposez-le enfin absent ou négligent, ou voulant s'abstenir de renoncer ou d'accepter..., l'ascendant aura-t-il un moyen de le contraindre à faire cette renonciation désirée?... Non, il n'en aura aucun.

Si l'on prétend que ce soit en vertu de cette renonciation qu'une dévolution s'opère en faveur de l'ascendant, et qu'elle est un acte efficace de la part de l'héritier exhérédé et nuisible au légataire, il faut nécessairement accorder efficacité à la contre-partie et conclure qu'un acte d'acceptation fait au greffe, par le frère exclus par testament, serait également valable, qu'il profiterait au légataire universel, et qu'ainsi, pour une somme d'argent donnée en secret, le petit-fils pourrait empêcher son grand-père d'exercer sa réserve légale. Cela ne se peut.

Il faudrait en conclure encore qu'une transaction formelle entre le petit-fils, héritier présomptif, et le légataire universel sur la validité du testament, serait un obstacle à l'exercice du droit de réserve de l'aïeul, tandis qu'il n'en peut être ainsi, si l'on décide que le droit de l'aïeul était acquis du jour du décès, et qu'au même jour le petit fils survivant n'avait aucun droit sur la succession de son frère décédé sans enfants. Or, dans ce cas, si notre opinion est vraie, la transaction et les conventions n'auront d'effet qu'entre les parties contractantes, et même la vente de ses droits successifs par le petit-fils ne serait que la vente de chose appartenant à autrui, et ne pourrait nuire à l'aïeul, qui est un tiers, ayant son droit propre et personnel du jour de l'ouverture de la succession.

Aussi notre façon de penser sur ces arrêts est que leurs motifs sont contraires à la doctrine juridique; que les juges, qui peuvent toujours suppléer les moyens de droit, doivent baser leur jugement sur ce que, sans qu'il soit besoin d'examiner l'influence de la renonciation des frères ou sœurs, étrangère au fond du procès, les collatéraux n'ayant jamais été héritiers, à cause d'une institution non attaquée, l'aïeul avait été saisi dès le jour du décès et devait demeurer saisi, sauf au légataire universel à lui demander délivrance.

Avant que de développer notre pensée, passons à la doctrine des auteurs.

L'article 915 du Code civil, qui règle la réserve des ascen-

Digitized by Google

dants, a semblé dès son apparition difficile à comprendre. En 1805, les auteurs des *Pandectes françaises* écrivaient (t. VII, p. 306 et 311) : « La dernière disposition de notre article n'est » pas très-facile à entendre... L'obscurité provient de ce que » cet article n'a point été discuté au Conseil. » M. de Maleville (*Analyse raisonnée*, t. II, p. 293) écrivait vers le même temps sur l'article 915 : « A RÉVISER! » — M. Jaubert, rapporteur au Tribunat, a lui-même mal entendu cet article, en disant : « Il » faut bien remarquer que le projet ne parle que des ascendants » qui auraient succédé dans l'ordre légitime. Si donc il s'agis- » sait de l'aïeul, et qu'il y eût des frères et sœurs ou des des- » cendants d'eux, dans ce cas, l'aïeul ne succédant pas dans » l'ordre légitime, il n'y aurait pas non plus de réserve pour » l'aïeul, et dans ce cas encore tout serait disponible. » Ainsi le rapporteur du Tribunat aurait exprimé formellement, mais en termes différents, que « l'aïeul n'ayant pas de réserve, quand » il existe des frères, sœurs ou descendants d'eux au décès du » petit-fils testateur, perd tout droit à la réserve, même quand » il y a un légataire universel, à qui elle appartient tout entière » aussi bien que la portion disponible. »

Quand un texte nouveau paraît sous de tels auspices, on peut être sûr qu'il fera naître le doute et qu'il sera tourmenté par les interprètes.

Aussi M. Duranton, qui à la théorie joint la connaissance de la pratique bien plus qu'on ne le pense communément, s'est-il laissé égarer par la pratique des notaires et des avoués, qui, en pareil cas, donnent aux frères déshérités le conseil de renoncer à une succession qu'ils n'ont pas, afin que l'ascendant puisse exercer librement son droit de réserve, et a dit que « *tant que* » les frères, sœurs ou descendants d'eux *n'ont pas fait de renon-* » *ciation*, les ascendants n'ont pas de réserve à exercer » (t. VIII, n° 310). Cela m'étonne d'un tel jurisconsulte, car les ascendants n'ont pas à l'égard du légataire de réserve *à exercer*; comme ils sont saisis, ils ont une réserve *à retenir* et une portion disponible *à délivrer*. M. Saintespès-Lescot suit M. Duranton (t. II, n° 343). MM. Dalloz (*lieu cité* au commencement de cet article), que je crois au fond de notre avis, disent avec beaucoup d'esprit que les arrêts voient dans l'effet de la renonciation une sorte de *réintégration* dans le droit de réserve, ce qui signifie bien que dans la pensée des arrêts les ascendants n'a-

Digitized by Google

vaient ce droit que par une cause secondaire, qui ne s'est produite que depuis le décès.

Notre regrettable Marcadé apporte toutes les ressources de sa dialectique animée, pour soutenir la proposition de M. Duranton (t. III, p. 514, et t. IV, 3e édition, p. 97). — « Il faut » être *héritier* avant que d'être *réservataire*, dit-il, *nam prius* » *est* ESSE *quam esse* TALE. Puisqu'en présence de frères et de » sœurs le défunt savait que l'ascendant serait sans droit, il n'a » pas dépouillé l'ascendant qui n'avait aucun droit, il n'a dé- » pouillé que ses frères et sœurs en faisant une institution en » faveur d'un étranger. La loi peut être incohérente, mais elle » est claire. » Puis, après ce langage sous l'article 915, il revient avec une nouvelle force sous l'article 1006, pour démontrer que quand les frères et sœurs n'ont pas encore renoncé, ceux-ci sont héritiers, et les aïeuls ne le sont pas. (Il faut nécessairement le lire dans son ouvrage et joindre les deux passages.) Il invoque à son aide GRENIER, n° 572, et il a raison, car M. Grenier est du même avis que M. Jaubert; TOULLIER (t. V, n° 114 *in fine*), qui ne parle que de successions des frères, et ne s'occupe en rien du legs universel fait à un étranger; VAZEILLE, sur 915, n° 3, sans faire attention que M. Vazeille est plus absolu que lui, et prétend que la renonciation même des frères ne peut produire une réintégration; enfin POUJOL, n° 9, sur l'article 1004, et M. Poujol nie effectivement que l'ascendant ait la saisine quand il y a des frères et sœurs; ce que nous croyons *vrai* quand ceux-ci sont appelés à la succession, et *faux* quand ils en sont exclus par le testateur.

Mais ce n'est pas tout.

Viennent ensuite MM. Aubry et Rau, qui, à leur tour, par une note à leur première édition de Zachariæ (t. V, p. 138), adoptent bien le système que l'aïeul n'a pas de réserve; mais par des raisonnements habiles ils ruinent la possibilité d'une renonciation efficace... Quelle confusion!

Cependant mon opinion n'est pas une opinion nouvelle; tout au contraire. Avant que la question principale n'eût été embrouillée par la question subsidiaire et par la controverse, un professeur qui n'a jamais cherché l'éclat, mais d'une rectitude d'esprit remarquable, M. Delvincourt, avait écrit : « L'article » 915 combiné avec le 750e (qui, en cas de prédécès des père » et mère d'une personne morte sans postérité, appelle à sa

Digitized by Google

» succession ses frères, sœurs ou descendants d'eux, à l'exclu-
» sion *des ascendants* et des autres collatéraux) présentera tou-
» jours cette singularité frappante que d'un côté l'article 915
» accorde une réserve aux ascendants même autres que les
» père et mère, et que l'article 916 refuse toute réserve aux
» frères et sœurs qui cependant, aux termes de l'article 750,
» excluent les ascendants au delà du premier degré. — Ainsi,
» au titre *Des successions*, les frères sont préférés aux ascendants;
» au titre *Des donations*, les ascendants sont préférés, puisqu'ils
» ont un droit de réserve qui est refusé aux frères et sœurs, en
» sorte que si la succession est dévolue *ab intestat*, l'aïeul n'a
» rien à prétendre quand il y a des frères et sœurs; mais s'il y
» a un légataire universel, les frères et sœurs N'ONT MÊME PAS LE
» DROIT de venir à la succession, et l'ascendant qui aurait été
» exclu par eux, s'il n'y avait pas eu de testament, viendra
» prendre sa réserve sur le legs universel. » (T. II, note 5 sur la page 64.) — C'est dire qu'en cas de legs universel fait à un étranger par le testateur, qui ne laisse ni postérité ni père ou mère, les frères et sœurs *ne sont point héritiers*, et que les ascendants sont *seuls* alors héritiers légitimes, puisqu'il n'y a pas avec eux de concours des frères, sœurs ou neveux.

Cette opinion nous a paru vraie. Nous l'avons adoptée dans notre Commentaire sur le titre *Des donations et testaments*, p. 455. Les nouvelles dissertations sur ce point ne peuvent pas nous faire changer d'opinion, parce qu'*elles supposent* que les frères et sœurs sont investis de la qualité d'héritiers; et qu'au contraire nous tenons qu'au cas posé les frères, sœurs ou neveux, repoussés par le testament, ne sont point héritiers et ne l'ont jamais été.

La question fondamentale est donc de savoir si, en présence de l'institution universelle d'un étranger *qui en fait usage*, les frères et sœurs sont héritiers.

Il faut dire que non.

Dans les pays de droit écrit, cela ne faisait pas de doute. Le seul et véritable héritier était l'institué.

Dans les pays coutumiers, institution d'héritier n'avait lieu; malgré le testament, les héritiers du sang restaient saisis et délivraient la portion disponible.

Dans les pays de droit écrit, là où il y avait un héritier institué, la succession légitime s'effaçait devant la succession testa-

Digitized by Google

mentaire; les héritiers appelés par la loi restaient parents et n'étaient pas héritiers.

Dans les pays coutumiers, il n'y avait pas de succession testamentaire : le legs universel lui-même était toujours *donatio quædam ab hærede præstanda.*

Le Code civil est venu, et a introduit un système mixte.

Il a permis à chacun de faire institution d'héritier au préjudice de tous collatéraux, même des frères, sœurs ou neveux (art. 916), soit sous le nom d'institution d'héritier, soit sous la dénomination de legs universel (art. 967 et 1002).

Il a pris soin de définir le legs universel « disposition testa- » mentaire, par laquelle le testateur donne à une ou plusieurs » personnes l'universalité des biens qu'il laissera à son décès. » (Code Nap., art. 1003.) — C'est-à-dire que sous le Code civil le legs universel est la même chose que l'hérédité en droit romain : *nihil aliud est hereditas, quam successio in universum jus quod habebat defunctus.*

Ce qui empêchait en droit français le legs universel d'être institution, c'étaient les réserves coutumières et la règle *le mort saisit le vif,* qui ne s'appliquait qu'à l'héritier du sang. Notre Code a obvié à ces deux différences. Il n'a fait de *réserve légale* que pour les descendants et les ascendants (art. 913 et 915); il en a absolument privé les collatéraux, même frères, sœurs ou neveux (art. 916); et d'un autre côté, si le titre *Des successions,* art. 724, investit, suivant la règle *le mort saisit le vif,* les héritiers légitimes de la saisine *de plein droit* des droits et actions du défunt, sans distinction entre la ligne directe et la ligne collatérale, le titre *Des donations et testaments* vient, par l'article 1003, dépouiller de cette saisine les héritiers auxquels une quotité des biens du testateur n'est pas réservée par la loi. Il porte nettement que le légataire universel sera saisi de plein droit PAR LA MORT du testateur. Il porte donc textuellement : la règle « *le mort saisit le vif* » est désormais applicable en France au légataire universel, vis-à-vis des collatéraux, même frères, sœurs ou neveux. Cet article 1006 est à leur égard une *limitation* de l'article 724. Ce ne sera pas eux *que le mort saisira;* il saisira son légataire universel, et ils seront si bien dépouillés de saisine que le légataire saisi de plein droit ne sera pas tenu de leur demander la délivrance.

Arrêtons-nous ici, et posons en principe que depuis cette loi

Digitized by Google

il y a en droit français deux espèces de successions (au moins quand il n'y a que des collatéraux et un légataire universel[1]) : la succession *légitime* et la succession *testamentaire*. La succession légitime, quand il n'y a pas de legs de l'universalité, et que les collatéraux attendent les demandes en délivrance des légataires à titre universel ou légataires particuliers, et la succession testamentaire, quand le légataire universel est légalement saisi du droit.

Si le droit français admet deux successions, la *légitime* et la *testamentaire* (sous le titre de legs universel), et qu'il donne impérativement la saisine de plein droit, à l'instant de la mort du testateur, au seul légataire universel, il faut donc convenir que les collatéraux *n'ont jamais été appelés* à la succession du défunt.

Certainement, du vivant du défunt, ils étaient héritiers présomptifs; certainement ils avaient en eux une aptitude à devenir héritiers, mais ils ne l'étaient pas encore, et n'ont pas pu le devenir par le décès de leur frère, puisque le testament y faisait obstacle à partir de l'instant du décès. Le testateur meurt après avoir usé du droit légitime de se faire un héritier testamentaire que *le fait* de la mort du testateur saisit de tous ses droits, et que la loi place elle-même, sans intervalle, dans la propriété et possession civile des biens que le testateur délaisse! A quel titre le collatéral exclu de l'hérédité peut-il donc se dire héritier? Il ne l'est jamais devenu. *Deux saisines légales contraires ne peuvent exister en même temps.*

En vain Marcadé, sur l'article 1006, dit-il « qu'il est faux » que par la saisine du légataire universel les frères et sœurs » deviennent absolument sans droits, et qu'ils ont au moins un » *droit éventuel*, une espérance, celle de faire annuler le tes- » tament, celle de voir le légataire universel renoncer à tout » ou partie du legs, etc. » Rien de tout cela ne touche à la question. Il importe peu que les frères et sœurs doivent profiter de la nullité du testament quand le testament est valable; il importe peu qu'ils aient droit à la totalité des biens, quand il y a caducité du legs ou indignité du légataire universel. Dans tous les cas le testament sera comme non avenu; dans aucun de ces

[1] On verra dans un instant qu'il y a aussi *succession testamentaire* relativement aux collatéraux, même quand il y a un héritier à réserve.

Digitized by Google

cas il n'y aura deux successions, l'une testamentaire, l'autre légitime. La succession testamentaire n'aura jamais existé, tombera ou sera révoquée; mais jamais ces deux successions ne subsisteront ensemble universellement. Quand les collatéraux attaquent le legs universel, ils plaident contre l'héritier institué en possession actuelle de l'hérédité, pour prouver qu'il n'a pas les droits dont il se prévaut ou qu'il en est déchu; s'ils réussissent, ils auront toujours été héritiers; il n'y aura jamais eu de succession testamentaire, il n'y en aura jamais eu que l'ombre. Si les collatéraux succombent, ils n'auront jamais été héritiers, la succession aura été purement testamentaire *du jour du décès*, puisque la vocation de l'homme l'emporte sur la vocation de la loi, et l'empêche de se produire. Certes, la faculté de faire des procès mal fondés n'a jamais été un *droit éventuel* ni l'objet d'une espérance légitime. Ainsi ce n'est pas parce que le collatéral est héritier qu'il les intente; c'est parce que dans sa qualité de parent il a en lui-même l'aptitude nécessaire à prouver que la succession testamentaire n'existe pas.

Nous venons de démontrer que lorsqu'il n'y a que des collatéraux et un légataire universel, il n'y a qu'une succession testamentaire excluant les collatéraux, et point de succession légitime, par conséquent point d'héritiers, car ils n'ont point de saisine.

Maintenant, s'il existe un ascendant, la succession sera *légitime* quant à l'ascendant, et *testamentaire* quant au légataire universel et aux prétendants-droit à l'hérédité.

Nous avons vu par l'article 1006 qu'il conférait la saisine au légataire universel pour exclure les collatéraux du rang d'héritiers, et qu'il limitait l'article 724, qui confère la saisine aux héritiers légitimes.

L'article 1004 procéde autrement : il déroge aussi à l'article 724, mais en ce sens qu'en présence du légataire universel il réunit et concentre tous les droits de la famille sur la tête de l'héritier à réserve (dans notre espèce, sur la tête de l'aïeul), parce qu'en présence d'une institution l'aïeul est seul héritier légitime : « Lorsqu'au décès du testateur il y a des héritiers aux-» quels une quotité de ses biens est réservée par la loi, ces » héritiers sont saisis de plein droit, PAR SA MORT, des biens » de la succession. »

Ainsi, quand il n'y a pas de legs universel, et qu'un frère décède

Digitized by Google

en laissant pour héritiers ses frères et sœurs, bien qu'il ait un aïeul non héritier, l'art. 724 donne la saisine aux frères et sœurs.

Mais quand le frère a universellement institué un étranger, comme ses frères ne peuvent être ses héritiers en présence d'une succession purement testamentaire à leur égard, l'article 1004 les dépouille de la saisine que leur donnait l'article 724, en la conférant tout entière à l'aïeul seulement.

Il en serait de même, aux termes du même article, s'il y avait père et mère, frères et sœurs, et un légataire universel. Les frères et sœurs n'auraient jamais été héritiers, et par conséquent l'article 1004 leur retirerait la saisine de l'article 724, pour la concentrer tout entière sur la tête des père et mère.

Ainsi, nous devons persister à dire que l'aïeul a droit à sa réserve par cela seul que ses autres petits-fils ne sont pas héritiers, et par conséquennt que les petits-fils *n'ont pas à faire de renonciation* pour opérer une dévolution.

Il n'y a pas de dévolution à provoquer. Dès que les petits-fils sont légalement repoussés de la succession, et qu'au jour du décès ils ne sont ni héritiers ni saisis, il est clair que le seul héritier légitime saisi *par la mort* du testateur est l'ascendant; et dans ce cas, l'aïeul est moins appelé en vertu de l'article 746 (quoiqu'en effet le défunt n'ait laissé pour héritiers ni postérité, ni frères ni sœurs ou descendants d'eux) qu'en vertu de l'article 915, qui veut « que les libéralités par actes entre-vifs ou » par testament ne puissent excéder la moitié des biens, si, à » défaut d'enfants, le défunt laisse un ou plusieurs ascendants » dans chacune des lignes paternelle et maternelle, et les trois » quarts, s'il ne laisse d'ascendans que dans une ligne. »

Le principal argument de Marcadé est tiré de la règle de philosophie : *Prius est* ESSE *quam esse* TALE. On ne peut pas être héritier réservataire avant que d'être héritier. Mais il oublie toujours que les frères, sœurs et neveux exhérédés ne peuvent se présenter à la succession; qu'en conséquence, le défunt n'a laissé pour sa succession ni enfants, ni frères, ni sœurs, ni descendants d'eux, et que l'exclusion ou exhérédation, au moment de la mort, a au moins autant de force qu'une renonciation postérieure. — Donc, l'aïeul vient en qualité d'héritier dès que, par sa volonté supérieure à celle de la loi, le testateur a écarté les frères, et par conséquent sa qualité de *réservataire* repose sur sa qualité d'héritier.

Digitized by Google

L'argument *si vinco fortiorem te.....* n'a pas plus de portée, et n'est qu'une subtilité. De ce que les frères et sœurs sont préférés aux ascendants du second degré pour succéder à leur propre frère, il ne s'ensuit pas du tout qu'un étranger légataire doive, quant à la possession de la réserve, être préféré aux ascendants du testateur.

Les ascendants du second degré ont une réserve peut-être moins comme héritiers qu'à titre alimentaire, et c'est pour qu'ils ne manquent pas d'aliments sur leurs vieux jours que le Code Napoléon l'a instituée. Une raison d'économie politique, bien connue de nos ancêtres, a voulu que les biens descendissent aux petits-enfants plutôt que de remonter, parce que les petits-fils sont toujours tenus des aliments; et sauf les événements et la conduite personnelle de chacun, quand les biens d'un frère passent à ses frères ou à l'un d'eux, la famille ou l'agglomération des petits-fils possède toujours la même masse de richesses pour venir au secours des ascendants. Mais le jour où l'un des frères fait passer tous ses biens *à un étranger*, il aura violé son devoir envers son aïeul; il aura diminué le patrimoine de la famille; les frères qu'il laisse et qu'il déshérite sont peut-être sans ressources personnelles; et de là la règle de l'article 916, qui veut que ce ne soit qu'*à défaut d'ascendant* que tous les biens deviennent disponibles aux mains du testateur. Donc il n'y a pas égalité de position entre les frères héritiers de leur frère, qui demeurent d'autant plus assujettis aux aliments envers leur aïeul que leur fortune s'améliore, et le légataire universel étranger, qui emporterait hors de la famille le patrimoine entier du petit-fils, sans être grevé de la dette de la famille, les aliments de l'aïeul; et si la position du légataire universel ne lui impose pas les mêmes obligations personnelles qu'aux frères du testateur, il est évident que l'application du brocard *si vinco fortiorem te...* est abusive et sans fondement.

On raisonne beaucoup sur la seconde partie de l'article 915 : « Les biens ainsi réservés au profit des ascendants seront par » eux recueillis dans l'ordre où la loi les appelle à succéder. » M. de Maleville prétend avec raison que l'on a voulu par là indiquer comment la réserve se diviserait entre eux, ce qui était réglé au titre *Des successions*, quant à la succession totale. Mais au surplus peu importe ce passage dans notre opinion, puisque les ascendants sont aptes à succéder seuls quand tous

Digitized by Google

les frères sont exclus soit par renonciation, soit par indignité, soit par testament.

MM. Aubry et Rau, qui disent nettement que les ascendants (du second degré) ne peuvent avoir droit à la réserve qu'autant que le défunt n'a laissé ni descendants, ni frères, ni sœurs qui, en arrivant à la succession, les en eussent écartés d'une manière absolue, examinent avec une grande finesse de dialectique la question générale de savoir si les ascendants peuvent avoir droit à une réserve, lorsqu'ils ne se trouvent pas, au moment même du décès du défunt, appelés à sa succession. — On sent qu'on peut trouver dans cette dissertation d'excellentes choses contre les effets de la renonciation des petits-enfants. — Mais nous aussi, nous disons que la renonciation est un acte superflu et non efficace. Sur les autres points, notre opinion est l'antipode de celle de MM. Aubry et Rau, car l'exclusion des frères et sœurs par testament n'est pas un fait postérieur au décès. Le testament a été fait pendant la vie du testateur, et a modifié la succession *à l'instant qui a précédé la mort;* et c'est de cet instant même que l'aïeul a été ensaisiné de l'universalité des biens aux termes de l'article 1004. Il n'y a donc pas à s'arrêter à cette dissertation.

Enfin, on prétend que la Cour de cassation a rejeté mon opinion en 1840, lors de l'arrêt Lucas, parce que cette opinion a été alors plaidée devant elle, et que cependant elle n'a statué que sur les effets de la renonciation postérieure (Marcadé, *en note*). Il est très-vrai qu'on trouve au recueil de MM. Devilleneuve et Carette une brillante et spirituelle dissertation de M. Victor Augier, portant sur ces deux questions : 1° si l'existence des frères ou sœurs de la testatrice, dépouillés de leurs droits héréditaires par un testament, fait obstacle à la réserve de l'aïeule; 2° et en supposant l'affirmative, si le droit à la réserve ne reprendrait pas toute sa force par la renonciation faite à la succession par les frères et sœurs du testateur; mais il faut remarquer qu'il ne résulte pas du jugement ni de l'arrêt de Paris, tels qu'on les lit dans les recueils, que la première question ait été plaidée en Cour d'appel; que d'ailleurs M. Victor Augier n'avait écrit qu'*en surveillance*, car l'affaire n'a pas passé la Chambre des requêtes, de sorte que son mémoire n'était pas pièce nécessaire au procès, et enfin que le pourvoi était formé pour fausse application des articles 785 et 786, et pour violation de l'article 915

Digitized by Google

du Code Napoléon, et qu'il est tout simple que la Cour de cassation ait statué seulement sur les moyens résultant du pourvoi, sans s'occuper d'une question étrangère au mémoire du demandeur. Elle a dû prendre l'affaire dans l'état qui résultait de l'arrêt incriminé, et a trouvé seulement que les articles 785 et 786 n'avaient pas été violés, sans examiner une question plus générale que l'arrêt ne disait pas avoir été posée devant le juge du fait. On ne peut donc tirer de préjugé de cet arrêt.

COIN-DELISLE.

DES OBLIGATIONS RESPECTIVES DES FABRIQUES ET DES COMMUNES

RELATIVEMENT AUX DÉPENSES DU CULTE CATHOLIQUE, ET EN PARTICULIER AU LOGEMENT DES CURÉS ET DESSERVANTS.

Par M. Aucoc, auditeur au Conseil d'État.

Les dépenses du culte catholique sont acquittées en partie sur les fonds de l'État, en partie au moyen des ressources locales. On peut dire, en règle générale, que l'État acquitte les dépenses du personnel, et que les ressources locales font face aux frais du matériel. Toutefois cette règle subit de nombreuses exceptions. D'une part, l'État a pris à sa charge les dépenses des édifices diocésains : cathédrales, séminaires, palais épiscopaux, et de plus il alloue des subventions aux localités qui n'ont pas les ressources nécessaires pour acquérir, construire ou reconstruire les édifices affectés au service du culte paroissial, églises et presbytères. Une somme de 1,500,000 francs est inscrite dans ce but au budget de l'exercice 1858. D'autre part, les traitements d'un certain nombre de ministres des cultes, ceux des vicaires et chapelains, auxiliaires des curés et desservants, sont acquittés soit en partie, soit en totalité, sur les ressources locales. Il n'y a point à cet égard de difficultés.

Mais les ressources locales sont puisées dans deux caisses distinctes : celle de la fabrique, établissement spécial institué pour pourvoir au matériel du culte; celle de la commune, qui doit satisfaire, à défaut des ressources de la fabrique, aux besoins religieux des habitants de son territoire, comme elle sa-

Digitized by Google

tisfait à un certain nombre d'autres besoins collectifs. Le concours de ces deux caisses, de ces deux bourses, la bourse religieuse et la bourse civile, pour ainsi parler, peut être une occasion de froissements. Si les fabriques ont été créées avec une existence distincte de la commune et des ressources propres, et si elles ont été placées sous la direction des évêques, c'est afin que les nécessités du culte, surtout ses nécessités quotidiennes, fussent appréciées par des administrateurs spécialement dévoués à cette œuvre, afin que le libre exercice du culte ne fût pas entravé, faute de moyens d'action, sous l'influence de sentiments hostiles à la religion ou des préoccupations d'une économie exagérée et mal entendue. C'est ainsi que l'expliquait l'homme éminent qui a présidé à la réorganisation des cultes en France depuis l'an IX jusqu'en 1808, Portalis [1]. De leur côté, les communes ont à pourvoir directement à de nombreux services publics dont le maintien et le développement importent aussi aux progrès de la civilisation, et elles n'ont, pour acquitter leurs dépenses, que des ressources généralement insuffisantes, même en grevant leurs habitants d'impositions extraordinaires. De cette situation résultent des tendances souvent opposées ou du moins divergentes, que le maire, qui participe à la fois aux deux administrations, ne réussit pas toujours à concilier. Mais, de plus, les dispositions du décret du 30 décembre 1809 sur l'organisation des fabriques et de la loi du 18 juillet 1837 sur l'administration municipale, qui règlent ce concours, manquent parfois, il faut le dire, de précision et de clarté. Aussi s'est-il élevé à ce sujet de nombreuses contestations que la jurisprudence de l'administration a contribué à entretenir pendant un certain temps par des décisions contradictoires, et qu'elle n'a pu encore faire cesser par une fermeté qui date déjà de loin.

Un arrêt tout récent du Conseil d'État nous conduit à revenir sur ces questions, pour apporter à l'appui de cette jurisprudence des documents considérables dont on ne nous paraît pas avoir encore tiré parti. Les rapports qui ont précédé le décret de 1809 et qui en exposent les motifs n'ont pas été publiés, et l'on a jusqu'ici discuté sur le sens des dispositions de ce dé-

[1] Il faut consulter à ce sujet un rapport et une lettre insérés dans le recueil de ses *Discours, rapports et travaux sur le concordat* (rapport de juillet 1806, p. 389, et surtout p. 393, 395 et 408; — lettre du 17 avril 1806, p. 411).

Digitized by Google

cret sans consulter ces rapports. On a même supposé des erreurs de rédaction dans certains articles, sans avoir étudié les différents textes imprimés qui ont alors servi de base aux délibérations du Conseil d'État. Nous avons recouru au dossier du décret qui se trouve aux archives du Conseil, et si nous ne nous faisons illusion, le résultat de nos recherches peut jeter quelque lumière sur ce sujet.

Il n'est pas inutile de dire tout d'abord que le décret du 30 décembre 1809 a été précédé d'une longue étude. Dès 1806, le ministre de l'intérieur avait présenté à l'Empereur un rapport pour lui exposer les inconvénients qu'entraînait l'existence des *doubles* fabriques qui administraient ou plutôt qui divisaient alors les paroisses : les unes, fabriques *intérieures*, organisées par les évêques en vertu de la décision du premier consul en date du 9 floréal an XI ; les autres, fabriques *extérieures*, créées par l'arrêté du 7 thermidor an XI pour administrer les biens non aliénés restitués alors aux fabriques. Le ministre de l'intérieur réclamait une organisation uniforme. Le ministre des cultes (Portalis) s'y opposait, et demandait seulement la suppression des fabriques *extérieures*. (Son rapport, en date du mois de juillet 1806, a été inséré dans le recueil de ses *Discours, rapports et travaux sur le concordat*, p. 389.)

L'Empereur renvoya cependant la question à l'examen de la section de l'intérieur du Conseil d'État qui, dans un rapport du mois de février 1809, suivi d'un projet de décret en quarante-six articles, exposa ses vues sur ce sujet.

Au mois de juillet suivant, le ministre des cultes (M. Bigot de Préameneu), à qui ce travail avait été communiqué, présenta un rapport développé qui tendait à y faire introduire diverses modifications, principalement en ce qui touchait les moyens de subvenir à l'insuffisance des revenus des fabriques pour les dépenses du culte. Le projet du ministre contenait cent vingt-trois articles. Un projet de loi relatif aux impositions extraordinaires à établir sur les communes pour subvenir aux dépenses des réparations et reconstructions des édifices du culte, était joint à ce projet de décret. (Il est devenu la loi du 14 février 1810.)

La section de l'intérieur examina le projet du ministre, et y fit d'assez nombreuses modifications ; elle le réduisit à cent

Digitized by Google

quatorze articles, et présenta au Conseil un troisième projet qui, après une mûre discussion et de nouveaux changements (séances des 9, 14, 21 et 23 décembre), fut adopté tel qu'il a été inséré au *Bulletin des lois*.

Il est à remarquer que ce décret, bien que signé par l'Empereur le 30 décembre 1809, n'a été promulgué qu'au mois de juillet 1810. Ce retard a été attribué aux réclamations de quelques membres du clergé, et notamment du cardinal Fesch, réclamations qui portaient sur l'ensemble du règlement et sur la compétence du pouvoir civil en cette matière.

Voilà dans quelles circonstances a été rendu le décret dont les dispositions font l'objet principal de la discussion qui nous occupe.

Le concours de la fabrique et de la commune pour l'acquittement des dépenses du culte peut être nécessaire dans trois cas que nous ne distinguons qu'en raison de la différence des difficultés qu'ils ont soulevées.

En premier lieu, au sujet des frais du culte proprement dits, à savoir la dépense des ornements, des vases sacrés, du linge, du luminaire, du pain, du vin, de l'encens, le traitement des vicaires, les honoraires des prédicateurs, les gages des sacristains, chantres, suisses, bedeaux; enfin les frais des réparations locatives des églises.

En second lieu, pour les grosses réparations des édifices affectés au service du culte, églises et presbytères.

En troisième lieu, pour les frais du logement des curés ou desservants, à défaut de presbytère, ou pour l'indemnité de logement à leur allouer, à défaut de presbytère et de logement.

— Les difficultés qui se sont élevées sur le premier point ne touchaient pas aux obligations respectives des fabriques et des communes. Ces obligations sont clairement établies par l'article 92, § 1, du décret du 30 décembre 1809, complété et consacré par l'article 30 de la loi du 18 juillet 1837, qui range au nombre des dépenses obligatoires des communes :

« 14° Les secours aux fabriques des églises et autres administrations préposées aux cultes dont les ministres sont salariés par l'État, en cas d'insuffisance de leurs revenus justifiée par leurs comptes et budgets. »

C'est sur le mode de justification de l'insuffisance des revenus

Digitized by Google

des fabriques, sur les formes dans lesquelles la commune doit être imposée, que la discussion a porté. Ces divers points ont été expliqués dans un travail que notre savant maître, M. le conseiller d'État Boulatignier, a donné à l'*École des communes* (1845, p. 151 et 177), et auquel nous sommes heureux d'avoir à nous référer.

Il est constant que les communes, avant d'allouer le secours qui leur est demandé, ont le droit d'examiner, d'une part, si les fabriques usent de toutes les ressources spéciales qui sont à leur disposition, et, d'autre part, si les dépenses portées dans leurs budgets sont toutes dictées par une sage appréciation des exigences du culte, eu égard à la situation de la paroisse; et qu'elles ont le droit de demander, s'il y a lieu, la réduction de certaines dépenses dans les formes prescrites par les articles 96 et 97 du décret du 30 décembre 1809. Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 16 janvier 1840, a d'ailleurs expliqué que les investigations des conseils municipaux, quant aux dépenses faites et aux comptes arrêtés, ne peuvent avoir pour résultat d'infirmer l'approbation qu'y aurait donnée l'autorité diocésaine, dont la décision doit être respectée.

— En ce qui concerne les grosses réparations des édifices consacrés au service du culte, des églises paroissiales et des presbytères, les articles du décret du 30 décembre 1809 qui déterminent les charges des fabriques et des communes et auxquels la loi du 18 juillet 1837 (art. 30, n° 16) s'est bornée à se référer, laissent subsister quelque équivoque, et une controverse s'est établie à ce sujet. L'article 37 du décret du 30 décembre 1809 porte que « les charges de la fabrique sont..... 4° de veiller à » l'entretien des églises, presbytères et cimetières, et, *en cas* » *d'insuffisance des revenus de la fabrique*, de faire toutes les » diligences nécessaires pour qu'il soit pourvu aux réparations » et reconstructions, ainsi que le tout est réglé au § 3. » De plus, l'article 46 du même décret, qui fixe l'ordre dans lequel les articles de dépense doivent être classés au budget de la fabrique, se termine ainsi : « La portion de revenus qui restera » après cette dépense acquittée, servira au traitement des vi- » caires légitimement établis, et l'excédant, s'il y en a, sera » affecté aux grosses réparations des édifices affectés au service » du culte. »

En présence de ces deux articles, l'obligation des fabriques

Digitized by Google

ne peut sembler douteuse. Mais l'article 92 du même décret, après avoir dit que les charges des communes, relativement au culte, sont : « 1° de suppléer à l'insuffisance des revenus de la » fabrique pour les charges portées en l'article 37, » ajoute : « 3° de fournir aux grosses réparations des édifices consacrés » au culte, » sans faire mention ici de l'insuffisance des revenus des fabriques. Ce dernier texte, dont le sens est d'ailleurs modifié par l'article 94, a permis à quelques auteurs de contester la portée des dispositions des articles 37 et 46; et sans aller jusqu'à soutenir que les fabriques n'ont aucune obligation de concourir aux grosses réparations des églises [1], on a prétendu que du moins la charge de cette dépense incombe directement à la commune, qui peut seulement exiger que la fabrique lui fasse connaître le résultat de son compte annuel, et consacre exceptionnellement l'excédant de ses recettes, s'il en existe, à cette dépense. Telle est l'opinion de Mgr Affre, dans son *Traité de l'administration temporelle des paroisses* (5e édition, p. 302), et de M. Gaudry (*Traité de la législation des cultes*, t. II, p. 635).

Quant aux grosses réparations des presbytères, Mgr Affre a soutenu que les dispositions expresses du décret de 1809 qui règlent ce point, et que nous venons de citer, ont été abrogées par une indication incidente jetée à la fin de l'article 21 du décret du 6 novembre 1813 sur l'administration des biens du clergé, qui porte : « Les curés ne sont tenus, à l'égard du » presbytère, qu'aux réparations locatives, *les autres étant à la » charge de la commune.* » (Ouvrage précité, p. 215.)

Mais la jurisprudence de l'administration et celle du Conseil d'État ont établi que c'est sur les fabriques et non sur les communes que pèse l'obligation directe de pourvoir aux grosses réparations des édifices affectés au service du culte, églises et presbytères, et que les fabriques ne peuvent demander le concours des communes qu'en justifiant de l'insuffisance de leurs revenus dans les conditions que nous avons indiquées tout à l'heure.

Le plus grand nombre des auteurs qui ont écrit sur ces matières soutient cette doctrine, sans faire aucune distinction entre

[1] M. Carré a été jusque-là dans son *Traité du gouvernement des paroisses*, p. 275 et suiv.; mais cette opinion va directement contre le texte des articles 37, 46 et 94.

Digitized by Google

les églises et les presbytères [1]. Au surplus, nous espérons que l'étude à laquelle nous allons nous livrer contribuera à dissiper les doutes qui pourraient subsister sur ce point.

— La question du logement des curés et desservants, dans le cas où il n'existe pas de presbytère, a soulevé une contestation d'une tout autre vivacité, et l'on doit convenir d'ailleurs que les textes y prêtent davantage.

La jurisprudence de l'administration et du Conseil d'État, qui met cette dépense, comme les précédentes, à la charge des fabriques, sauf leur recours aux communes en cas d'insuffisance de leurs revenus, se trouve contredite par un arrêt de la Cour de Dijon en date du 1er juillet 1837, un arrêt de la Cour de cassation du 7 janvier 1839 (*ville de Dijon*) [2], et par presque tous les auteurs, qui soutiennent que les communes sont directement et exclusivement obligées d'acquitter cette dépense.

Le Conseil d'État s'est prononcé par un avis donné en assemblée générale administrative, le 21 août 1839; par une décision rendue au contentieux, le 21 avril 1848 (*fabrique Saint-Epvre de Nancy*) [3]; et les auteurs qui ont écrit à la suite de l'une ou de l'autre de ces décisions n'en ont pas moins persisté à soutenir que les fabriques sont victimes d'une erreur et presque d'une iniquité. Pour ne citer que les plus récents, cette opinion est professée par M. Serrigny, dans une dissertation publiée par la *Revue de droit français et étranger* en 1844; par Mgr Affre (ouvrage précité); par M. Gaudry, dans son *Traité de la législation des cultes*, 1854, t. II, p. 641 et suiv.; par M. Batbie, dans le *Journal du droit administratif*, 1854, p. 318; par

[1] Notamment Dalloz, *Répertoire de législation et de jurisprudence*, 2e édition, v° *Culte*, n° 598;

Davenne, *Régime administratif et financier des communes*, p. 90;

Dictionnaire général d'administration, publié sous la direction de M. Alfred Blanche, v° *Commune*, p. 361; v° *Fabrique*, p. 839;

Vuillefroy, *Traité de l'administration du culte catholique*, v° *Église*, p. 306;

Dufour, *Traité de droit administratif appliqué*, 2e édition, t. V, p. 602;

Journal des conseils de fabrique, t. I, p. 328;

Bulletin des lois civiles ecclésiastiques, t. V, p. 282.

Nous avons déjà traité cette question dans un travail publié par l'*École des communes*, 1855, p. 1 et 29.

[2], [3] Ces décisions ont été trop souvent rapportées pour que nous ayons besoin d'en donner le texte; mais on doit rappeler que devant le Conseil d'État, en 1848, M. Cornudet, alors commissaire du gouvernement, avait donné des conclusions contraires à la solution qui a prévalu.

Digitized by Google

M. Foucart, dans ses *Eléments de droit public et administratif*, 4e édition, 1856, t. III, p. 575; par M. Le Berquier, dans un traité d'administration communale intitulé *le Corps municipal*, 3e édition, 1858, p. 164.

La doctrine du Conseil, qui avait été vivement soutenue en 1844 par M. Davenne (*Régime administratif et financier des communes*, p. 17), et en 1845 par M. Boulatignier, alors maître des requêtes (*Ecole des communes*, p. 7 et 36), paraît n'avoir été adoptée, depuis cette époque, que par un seul auteur, M. Dufour (*Traité de droit administratif appliqué*, 2e édition, t. V, p. 597).

Il y a plus : lorsque l'Assemblée législative fut saisie en 1850 d'un projet de loi sur l'administration intérieure, la commission chargée d'examiner la partie de ce projet relative à l'administration communale, crut devoir profiter de cette occasion pour trancher la question débattue entre les fabriques et les communes; elle proposait de la trancher contre les communes et de leur imposer la dépense de l'indemnité de logement due aux curés et desservants à défaut de presbytère, *sans que, dans aucun cas, cette dépense pût être mise à la charge des fabriques.* La portée de cette proposition était indiquée dans un passage du rapport fait au nom de la commission par M. de Vatimesnil, où la jurisprudence du Conseil d'État était vivement combattue. On sait que le projet de loi n'a pas été discuté, mais la proposition de la commission n'en est pas moins une sorte de précédent doctrinal.

Le Conseil d'État a néanmoins persisté dans sa jurisprudence, et il vient de la confirmer par un arrêt rendu le 14 mai 1858 (*fabrique de l'église d'Argentan*).

Il nous paraît à propos de montrer les bases de la jurisprudence si contestée du Conseil d'État, et d'établir qu'elle se fonde sur le texte et l'esprit de la législation de la matière, et qu'elle est en même temps conforme à la logique et à l'équité.

Les défenseurs des intérêts des fabriques tirent argument d'une série de textes antérieurs au décret du 30 décembre 1809, d'où il résulte que l'État qui, en vertu de la loi du 23 octobre 1790, avait pris à sa charge le logement des curés et desservants comme accessoire de leur traitement, s'en est déchargé sur les communes. Nous ne croyons pas qu'il y ait lieu de tenir

Digitized by Google

compte de ces dispositions de lois et décrets, et notamment de l'article 72 de la loi du 18 germinal an X et de la décision du premier consul en date du 1er pluviôse an XI, qui sont les plus formels. En effet, à cette époque, les fabriques n'avaient pas de dotation, et ainsi le législateur ne pouvait songer à leur imposer des charges. L'article 76 de la loi du 18 germinal an X n'établissait les fabriques que pour veiller à l'entretien et à la conservation des temples et à l'administration des aumônes. C'est seulement par l'arrêté du 7 thermidor an XI qu'il a été décidé que les biens des fabriques non aliénés seraient rendus à leur destination.

On peut d'ailleurs opposer à ces dispositions celles du décret du 30 mai 1806, qui a donné aux fabriques les églises et presbytères des paroisses supprimées, et qui les autorise à vendre ou à louer ces bâtiments, en décidant (art. 2) que le produit qu'elles en tireront sera affecté à l'acquisition d'un presbytère, ou, de toute autre manière, aux dépenses du logement des curés et desservants dans les paroisses où il n'existerait pas de presbytères.

Laissons donc la législation antérieure au décret du 30 décembre 1809. Ce décret a eu pour objet de régler d'une manière uniforme l'organisation des fabriques, et de préciser leurs charges et celles des communes. Si ses dispositions diffèrent de la législation antérieure, cela prouve que les auteurs du décret ont entendu modifier cette législation, et qu'ils ont prononcé en pleine connaissance de cause.

Mais avant d'étudier les dispositions de ce décret, cherchons d'abord quel était le système que la logique conduisait à adopter.

En rétablissant ou plutôt en réorganisant une institution qui avait déjà été considérée, avant la révolution de 1789, comme nécessaire à l'administration du temporel des paroisses, on était naturellement tenté de reproduire, autant que possible, l'organisation qui, sous l'ancien régime, avait donné de bons résultats. Mais s'il était certaines parties de l'ancienne organisation des fabriques qui pouvaient être remises en vigueur sans difficultés, il n'en était pas de même de tout ce qui touchait à l'acquittement des dépenses qu'entraîne l'exercice du culte. La constitution de la propriété du clergé et de la dotation des fabriques avait amené sur ce point de singulières complications.

Digitized by Google

Et d'abord pour les réparations de l'église, aux termes de l'édit d'avril 1695, il fallait distinguer entre les réparations du chœur et celles de la nef. Les premières étaient à la charge des ecclésiastiques qui jouissaient des dîmes dépendant des bénéfices dont ils étaient pourvus, et subsidiairement de ceux qui possédaient des dîmes inféodées (art. 21); et Jousse, dans son *Traité du gouvernement des paroisses* (1769, p. 14), explique que, dans les villes où il n'y avait point de dîmes, les fabriques étaient tenues de ces réparations, et que si les revenus des fabriques n'étaient pas suffisants, la charge retombait sur les paroissiens. Il ajoute encore que les décimateurs n'étaient tenus de l'obligation d'entretenir et réparer le chœur des églises que dans les paroisses anciennement érigées (p. 15).

Quant aux réparations de la nef, elles étaient à la charge des habitants des paroisses (art. 22 de l'édit d'avril 1695).

Les distinctions ne s'arrêtaient pas là. Lorsque le clocher était bâti sur le chœur, il était à la charge des décimateurs, mais seulement pour les murs, la couverture et la croix ; la charpente, à laquelle les cloches étaient suspendues, était à la charge des paroissiens, ainsi que les cloches. L'entretien du clocher bâti sur la nef était, au contraire, exclusivement à la charge des paroissiens. S'il était bâti en partie sur le chœur, en partie sur la nef, les dépenses se partageaient entre les paroissiens et les décimateurs. Quant aux ailes qui entouraient le chœur, elles devaient être entretenues aux frais des paroissiens. Pour les chapelles placées à côté du chœur, les règles étaient différentes, selon qu'elles avaient été bâties en même temps que l'église ou postérieurement. Mais Jousse explique (p. 17) que, pour subvenir à celles de ces réparations qui étaient à la charge des paroissiens, il fallait « y employer d'abord le revenant bon » des fabriques, et à défaut les deniers communs et autres reve- » nus appartenant aux paroissiens en général, et si cela n'était » pas suffisant, chaque habitant était tenu d'y contribuer à pro- » portion des biens en fonds qu'il possédait dans la paroisse. » Enfin, si les habitants étaient trop pauvres pour supporter ces charges, on recourait encore aux décimateurs (Jousse, p. 19).

En ce qui touche le logement des curés, l'article 22 de l'édit de 1695 obligeait les habitants des paroisses à fournir aux curés un logement convenable; et « faute de ce faire, dit Jousse, » ils étaient tenus de payer au curé le loyer de la maison qu'il

Digitized by Google

» occupait, et d'en avancer les deniers. » Le concours des fabriques à cette dépense n'était pas prévu : mais la charge ne pesait pas partout exclusivement sur les habitants. Dans le ressort du Parlement de Tournai, les curés, lorsque le revenu de leur cure était considérable, et, à leur défaut, les décimateurs étaient tenus des grosses réparations des presbytères. En Provence, les décimateurs étaient tenus d'y contribuer pour un tiers, et les habitants et bien-tenants pour les deux autres tiers (Jousse, p. 26).

Ainsi, autant que l'on peut résumer les règles générales établies dans un temps où, suivant la forte expression de M. le comte Portalis, « il n'y avait d'uniforme en France qu'une diver- » sité sans bornes de lois, d'usage et de jurisprudence[1], » il paraît que les charges principales des fabriques étaient les frais de la célébration du service divin ; que les dépenses de construction et d'entretien des édifices affectés au culte se partageaient entre les décimateurs et les habitants des paroisses, sauf le concours de la fabrique jusqu'à concurrence de l'excédant de ses revenus, tantôt pour une partie, tantôt pour le tout, et que les frais du logement des curés étaient plus particulièrement à la charge des paroissiens.

Après une révolution qui avait fait disparaître les dîmes et la propriété du clergé, et lorsqu'on sentait le besoin de simplifier le mécanisme de l'administration, les auteurs du décret du 30 décembre 1809 pouvaient-ils rien emprunter à l'ancienne répartition des dépenses du culte? Ne devaient-ils pas faire table rase, et déterminer, d'après de nouvelles règles, les rapports des fabriques et des communes? Les fabriques étant instituées comme établissements distincts des communes et comme personnes civiles, ayant des biens et des revenus propres, avec aptitude à recevoir des libéralités pour accroître leur dotation, n'était-il pas logique de leur laisser le soin de pourvoir, au moyen de leurs ressources spéciales, à toutes les dépenses du culte qui n'étaient pas à la charge de l'État, et de n'appeler la commune à concourir à ces dépenses que dans le cas d'insuffisance des revenus produits par ces ressources spéciales? Cette théorie a été réalisée dans le décret du 30 décembre 1809 ; nous croyons pouvoir le démontrer.

[1] Rapport fait en février 1809, au nom de la section de l'intérieur, sur un projet de décret relatif à l'organisation des fabriques.

Digitized by Google

Dans le rapport sur lequel a été rendu ce décret, le ministre des cultes s'exprimait ainsi :

« La fabrique doit fournir, autant que ses revenus le permet-
» tent, à *toutes les dépenses du culte*, dans la paroisse où elle est
» établie.

» Il est en même temps reconnu que si les revenus ne peuvent
» pas fournir à toutes ces dépenses, ils doivent être employés
» en premier lieu et de préférence à la célébration du service
» divin ; en second lieu, au traitement des vicaires qui concou-
» rent à cette célébration, et que si, après ces dépenses faites,
» les revenus ne sont pas épuisés, le surplus est pour les répa-
» rations et constructions. »

Or il faut déjà remarquer qu'il s'agissait ici, non-seulement des réparations des églises, mais aussi de celles des presbytères. « L'objet principal de ce rapport, disait le ministre en
» commençant, c'est l'insuffisance des revenus de la plupart des
» fabriques pour fournir aux dépenses ordinaires de la célébra-
» tion du culte, et, à plus forte raison, aux dépenses extraor-
» dinaires, telles que les *grosses réparations ou reconstructions*
» *des églises et des presbytères.* » Aussi les dispositions de l'article 37, qui sont formelles sur ce point, étaient dans le projet présenté par le ministre des cultes [1]. Par conséquent la dépense du logement des curés se serait trouvée déjà à la charge des fabriques dans les paroisses dotées d'un presbytère.

Toutefois, le ministre ne tirait pas toutes les conséquences

[1] L'article relatif aux charges de la fabrique, et qui porte dans le décret le n° 37, était à peu près tel qu'il a été adopté. Il n'est pas inutile de donner le texte de cette disposition, à laquelle nous nous référons dans cette discussion :

« Art. 37. Les charges de la fabrique sont : 1° de fournir aux frais nécessaires du culte, savoir : les ornements, les vases sacrés, le linge, le luminaire, le pain, le vin, l'encens, le payement des vicaires, des sacristains, chantres, organistes, sonneurs, suisses, bedeaux et autres employés au service de l'église, selon la convenance et les besoins des lieux ;

» 2° De payer l'honoraire des prédicateurs de l'avent, du carême et autres solennités ;

» 3° De pourvoir à la décoration et aux dépenses relatives à l'embellissement intérieur de l'église ;

» 4° De veiller à l'entretien des églises, presbytères et cimetières ; et, en cas d'insuffisance des revenus de la fabrique, de faire toutes diligences nécessaires pour qu'il soit pourvu aux réparations et reconstructions, ainsi que le tout est réglé au § 3. »

Digitized by Google

du principe qu'il avait posé lui-même, et sous l'influence des souvenirs de l'ancienne législation, que la loi du 18 germinal an X avait reproduite, il proposait de mettre directement à la charge des communes l'obligation de fournir un presbytère, à défaut du presbytère un logement, ou bien une indemnité à défaut de presbytère et de logement. « Les frais du culte dans » les paroisses, disait-il, n'étant ni au compte du trésor public, » ni considérés comme dépenses départementales ou d'arron- » dissement, les communes sont chargées de suppléer à l'in- » suffisance des revenus des fabriques pour les frais de la » célébration du service divin, pour le traitement des vicaires » légalement établis et pour les réparations et reconstructions.

» On leur a de plus imposé l'obligation de fournir au curé ou » desservant un presbytère, à défaut de presbytère un loge- » ment, ou à défaut de presbytère et de logement une indem- » nité pécuniaire. »

Le Conseil d'État a-t-il accepté le système proposé par le ministre des cultes? N'a-t-il pas voulu, au contraire, être plus logique et mettre à la charge des fabriques toutes les dépenses du culte, sans distinction, l'indemnité de logement due à défaut de presbytère aussi bien que les grosses réparations et reconstructions des presbytères?

Le rapprochement des textes des articles proposés par le ministre, et de ceux qu'a adoptés le Conseil d'État, ne permet pas d'en douter. Nous sommes obligé d'entrer ici dans quelques détails, parce qu'on a soutenu qu'il s'était glissé une erreur de rédaction dans les articles 92 et 93 du décret de 1809.

Les articles du projet du ministre, correspondant aux articles 92, 93 et suivants, étaient ainsi conçus :

« Art. 103. Les charges des communes, relativement au culte, sont :

» 1° De suppléer à l'insuffisance des revenus de la fabrique pour les frais de la célébration du service divin, le traitement des vicaires légalement établis, et la réparation ou reconstruction des édifices consacrés au culte;

» 2° De fournir au curé ou desservant un presbytère, ou, à défaut de presbytère, un logement, ou, à défaut de presbytère et de logement, une indemnité pécuniaire, sans qu'à l'égard du logement il puisse y avoir d'action de la part du propriétaire contre le curé ou desservant.

» Art. 104. Dans les cas où les communes sont obligées de suppléer à l'insuffisance des revenus des fabriques, il sera procédé ainsi qu'il suit.

» Art. 105. A l'égard des frais de célébration du culte, le préfet fera convoquer le conseil municipal, etc.

Digitized by Google

. . . . . .

» Art. 109. S'il s'agit de dépenses pour réparations ou reconstructions qui auront été constatées conformément à l'article 50, le préfet ordonnera que ces réparations soient payées sur les fonds communaux, etc. »

La section de l'intérieur fit subir au projet du ministre un remaniement considérable. Non-seulement l'article 103, qui devenait l'article 92, fut divisé en trois paragraphes au lieu de deux, et l'article 104 fut modifié et fondu avec l'article 105 pour former le nouvel article 93, mais, de plus, elle plaça sous les nos 94 et 95 deux articles relatifs aux réparations des bâtiments, qui, dans le projet du ministre, formaient les articles 49 et 50 au chapitre précédent[1].

Ces propositions de la section de l'intérieur, formulées dans un projet *imprimé* qui a servi de base aux délibérations de l'assemblée générale du Conseil d'État, et qui ont été adoptées par l'assemblée générale, sauf de légers changements de rédaction, étaient conçues dans les termes suivants :

« Art. 92. Les charges des communes, relativement au culte, sont :

» 1° De suppléer à l'insuffisance des revenus de la fabrique pour les charges portées dans la section 2 du titre 2;

2° de fournir au curé ou desservant un presbytère, ou, à défaut de presbytère, un logement, ou, à défaut de presbytère et de logement, une indemnité pécuniaire;

3° de fournir aux grosses réparations des édifices consacrés au culte.

» Art. 93. Dans les cas où les communes sont obligées de suppléer à l'insuffisance des revenus des fabriques *pour ces deux premiers chefs*, le budget de la fabrique sera porté au conseil municipal, dûment convoqué à cet effet, pour être délibéré ce qu'il appartiendra.

» Art. 94. S'il s'agit de réparations des bâtiments, de quelque nature qu'elles soient, et que la dépense ordinaire arrêtée par le budget ne laisse pas de fonds disponibles, ou n'en laisse pas de suffisants pour ces réparations, le bureau en fera son rapport au conseil, et celui-ci prendra une délibération tendant à ce qu'il y soit pourvu par la commune..... »

L'article 98 est la reproduction de l'article 109 du projet du ministre.

Ces dispositions ont passé textuellement dans le décret du 30 décembre 1809.

Or, on voit dans l'article 93 que pour *les deux premiers chefs* de dépenses portés à l'article 92, c'est-à-dire pour les frais

[1] Il est résulté de cette transposition que l'article 43 actuel du décret du 30 décembre 1809 fait double emploi avec l'article 94; mais on voit qu'avec le remaniement de l'article 93, l'article 94 devenait nécessaire.

Digitized by Google

ordinaires de la célébration du culte, et pour le logement des curés et desservants, les communes ne sont tenues que de suppléer à l'insuffisance des revenus des fabriques. On voit dans l'article 94 que pour les réparations, de quelque nature qu'elles soient, l'obligation des communes n'est également que subsidiaire. Telle est évidemment la pensée des auteurs du décret. Nous convenons qu'elle a été mal rendue, qu'elle eût été bien plus claire si, dans l'article 92, on eût établi que les charges des communes étaient de suppléer à l'insuffisance des revenus des fabriques pour les trois catégories de dépenses portées dans cet article. Il n'eût pas été moins utile d'ajouter aussi dans les articles 37 et 46, la dépense du logement des curés à l'énumération des charges des fabriques.

Mais de ce que la pensée des auteurs du décret a été mal exprimée, peut on refuser de la reconnaître?

Peut-on soutenir par exemple, après tous les détails qu'on vient de lire, que c'est par suite d'une erreur de rédaction que la dépense du logement des curés est comprise dans les *deux premiers chefs* de l'article 92[1]?

Peut-on dire, du moins, que la contradiction qui existe entre les articles 92 et 93 ne permet pas de considérer la question comme résolue, ou bien encore que l'article 93, n'ayant pour objet que de déterminer la procédure à suivre dans certains cas, ne peut modifier les obligations des communes réglées directement par l'article 92?

Nous ne saurions l'admettre. Le sens et la portée de l'article 92 sont évidemment modifiés par les articles 93 et 94. Il faut, à la vérité, chercher la pensée des auteurs du décret dans la combinaison des deux articles; mais qu'importe si cette pensée se dégage?

Veut-on une preuve, au surplus, que l'intention des auteurs du décret de 1809 n'était pas douteuse pour le ministre des cultes lui-même, dont les propositions relatives à la charge du

[1] S'il en était besoin, nous ajouterions qu'il existe dans le dossier du décret de 1809, au Conseil d'État, un exemplaire imprimé du projet présenté par la section de l'intérieur, dont la marge est chargée de corrections faites vraisemblablement par le rapporteur pendant la discussion dans l'assemblée générale du Conseil; et le texte de l'article 92 lui-même a été légèrement modifié par des corrections ainsi portées en marge. Dans le § 1, à la place de ces mots : « dans la section 2 du titre 2, » on a substitué ceux-ci : « en l'article 37. »

Digitized by Google

logement des curés n'avaient pas été acceptées par le Conseil d'État?

A la date du 22 avril 1811, le ministre des cultes adressait aux évêques des instructions sur la comptabilité des fabriques, pour l'exécution du décret du 30 décembre 1809, et il y joignait un modèle du budget des fabriques[1]. Or dans ce modèle nous trouvons, parmi les dépenses des fabriques, le *loyer du presbytère*, c'est-à-dire évidemment du logement fourni au curé à défaut de presbytère et l'*indemnité de logement*.

Dans le chapitre 1er du titre 3, relatif aux dépenses ordinaires, nous lisons :

Art. 1er. Objets de consommation pour les frais ordinaires du culte.

. . . . . .

Art. 8. Dépenses diverses.	Registre des actes de baptême, etc. Loyer du presbytère. Indemnité de logement. Loyer de l'église.

Il n'est pas inutile d'ajouter qu'au chapitre 2, parmi les dépenses extraordinaires, on trouve :

Art. 3. Réparations autres que les locatives.	Réparations de l'église. — du presbytère. — du cimetière.

De son côté, le directeur général de la comptabilité des communes et des hospices indiquait la même règle dans des instructions adressées aux préfets, le 14 avril 1812, relativement aux budgets communaux, et qui, ainsi que l'a fait remarquer M. Boulatignier en signalant cette circulaire (*Ecole des communes*, 1845, p. 36), étaient rédigées d'après les principes admis au Conseil d'État, pour le règlement des budgets des communes arrêtés par l'Empereur.

A l'occasion du chapitre 7 des dépenses ordinaires (*frais de culte*), il s'exprimait ainsi : « L'examen des budgets de fabrique, joints aux budgets communaux de 1812, a fait connaître que leurs revenus sont susceptibles d'augmentation, et qu'une

[1] Ce modèle a été de nouveau envoyé avec une circulaire en date du 14 septembre 1839, relative aux dons et legs faits aux établissements ecclésiastiques. Il a été reproduit dans le *Traité du gouvernement des paroisses* de Carré (1824), dans le *Journal des conseils de fabrique*, t. VI, 1839-1840, p. 14 et suiv., et dans le *Cours de la législation civile ecclésiastique*, par l'abbé André, v° *Budget*, t. I, p. 299 (1847).

Digitized by Google

sage économie dans l'emploi des fonds éviterait aux communes des charges qu'elles n'ont à supporter qu'en cas d'insuffisance constatée. Ces budgets doivent être remis aux conseils municipaux, qui s'attacheront d'abord à reconnaître si toutes les recettes ordinaires, fixes ou casuelles, y sont portées. Ces recettes sont spécialement affectées aux dépenses ordinaires, dans lesquelles sont compris le traitement des vicaires, les suppléments de traitement pour les curés et desservants, et *même leur indemnité de logement ou le loyer du presbytère*, suivant l'article 93 du décret du 30 décembre 1809. Ces frais de logement sont portés dans le modèle du budget des fabriques, envoyé par le ministre des cultes. *Lorsque l'insuffisance est démontrée, il y a lieu de pourvoir, d'abord, sur les fonds communaux à ces loyers ou indemnités de logement*, au traitement des vicaires et aux suppléments de traitement des curés et desservants, lorsqu'il y avait précédemment des allocations pour cet objet dans les budgets de la commune. » (*Recueil des circulaires, etc., du ministère de l'intérieur*, t. II, 2e édition, p. 343.)

Une circulaire du ministre de l'intérieur, en date du 18 mai 1818 (*Recueil*, t. III, p. 301), paraît rappeler les mêmes principes.

Il n'est sans doute pas contestable qu'à certains moments de la Restauration l'administration s'est écartée de ces règles. On a cité notamment une lettre du ministre des cultes, en date du 19 janvier 1823, qui tranche la question en faveur des fabriques, et qui ajoute que la jurisprudence de l'administration des cultes a toujours été constante en ce sens. Mais on vient de voir ce qu'il faut penser à cet égard.

D'ailleurs l'administration est bientôt revenue à l'ancienne interprétation du décret de 1809. Nous en trouvons la preuve dans une lettre écrite à un évêque, le 10 juillet 1833, par le ministre de l'intérieur chargé de l'administration des cultes, et qui est rapportée par M. Davenne (*Régime administratif et financier des communes*, p. 83 et suiv.).

Le sens des dispositions du décret du 30 décembre 1809 nous paraît donc bien établi.

Mais, dit-on, quel que soit le sens des dispositions de ce décret, la loi du 18 juillet 1837 a mis directement à la charge des communes la dépense du logement des curés et desservants.

Digitized by Google

En effet, l'article 30 de cette loi met au rang des dépenses qui sont obligatoires pour les communes :

« 13° L'indemnité de logement aux curés et desservants et » autres ministres des cultes salariés par l'État, lorsqu'il n'existe » pas de bâtiment affecté à leur logement ;

» 14° Les secours aux fabriques et autres administrations » préposées au culte, dont les ministres sont salariés par l'État » en cas d'insuffisance de leurs revenus, justifiée par leurs » comptes et budgets. »

Or, on fait remarquer que c'est dans le second cas seulement que l'obligation des communes est subordonnée à l'insuffisance des revenus des fabriques; que dans le premier cas elle est directe et absolue. On ajoute que le législateur a sans doute voulu trancher par ces dispositions la question débattue entre les communes et les fabriques, et qu'en admettant qu'il n'ait pas entendu innover sur ce point, il a dû nécessairement entendre les dispositions du décret de 1809 dans le sens que lui donnait la jurisprudence adoptée par l'administration des cultes sous la Restauration, qui était bien connue à cette époque.

A ce système, le Conseil d'État a répondu, dans son avis du 21 août 1839, que l'énumération des dépenses obligatoires des communes, faite par l'article 30 de la loi du 18 juillet 1837, n'a eu pour objet que de résumer et de coordonner les charges imposées aux communes par les différents actes de la législation antérieure, et qu'il est impossible de conclure du silence de la loi, à l'égard des fabriques (dans le § 13), qu'elle ait voulu modifier la situation que leur avait faite le décret organique du 30 décembre 1809.

Quand le Conseil d'État s'est ainsi prononcé sur la portée de l'article 30 de la loi de 1837, il avait dans son sein (M. Boulatignier l'a fait remarquer) la plupart des commissaires du roi qui avaient préparé la loi de 1837 et soutenu sa discussion dans les deux chambres : MM. le baron de Gérando, Macarel et Fumeron d'Ardeuil, ainsi que le rapporteur définitif à la Chambre des députés, M. Vivien.

Cette réponse du Conseil d'État a été vivement contestée. Mais en discutant sur l'intention des auteurs de la loi de 1837, on n'a pu produire un seul mot tiré des exposés des motifs présentés successivement de 1831 à 1837 par le gouvernement, ni des rapports des commissions ou de la discussion dans les deux

Digitized by Google

chambres, qui indique que le législateur ait entendu modifier en rien sur ce point les obligations respectives des fabriques et des communes. Or en cette circonstance, d'après le vieil adage, c'est à nos adversaires à faire la preuve du changement qu'ils allèguent et que le Conseil d'État nie.

Au contraire, nous pouvons établir que, à plusieurs reprises, dans cette longue discussion, le législateur a montré qu'il entendait maintenir à ce sujet la législation antérieure.

Dans le projet présenté à la Chambre des députés le 13 janvier 1834, l'article 18, qui énumérait les dépenses obligatoires, contenait deux paragraphes ainsi conçus :

« 12° Les secours aux *fabriques*, hôpitaux, hospices, bureaux » de bienfaisance, en cas d'insuffisance de leurs revenus ;

» 13° L'indemnité de logement aux curés et desservants, » quand il ne leur est pas fourni de logement ; les grosses répa- » rations aux édifices religieux. »

Or il faut remarquer que le ministre qui présentait ce projet était celui qui avait signé la décision du 18 juillet 1833, que nous avons citée plus haut.

La commission de la Chambre des députés avait complétement remanié ce projet. Elle rejetait dans les dépenses facultatives les secours aux fabriques, hospices, etc. ; elle n'indiquait plus d'une manière distincte les grosses réparations aux édifices religieux, et le n° 2 de son article portait : « les grosses » réparations aux édifices communaux. »

Dans la séance du 5 mars 1834 (*Moniteur* du 6 mars, p. 499), M. Chasles proposa d'ajouter à ce paragraphe : « sauf l'exécu- » tion des lois spéciales concernant les bâtiments militaires et » les édifices consacrés au culte. » M. Vivien, membre de la commission, répondit : « *Cela ne nous a pas paru nécessaire.* » Si cependant la chambre pense que cela puisse avoir quelque » utilité, nous ne nous y opposons pas. » M. Chasles justifia alors son amendement, en se référant au décret de 1809. Mais un autre député, M. Peyre, vint contester les principes qu'il avait émis et soutint que, pour les bâtiments militaires comme pour les bâtiments du culte, les grosses réparations étaient à la charge des communes. M. Chasles, dans sa réplique, en appela à la Chambre pour demander si elle entendait changer la législation, et la Chambre ayant répondu par acclamation

Digitized by Google

qu'elle entendait la maintenir, il insista pour l'adoption de son amendement, qui a, en effet, passé dans la loi[1].

Quant au n° 14, relatif à l'indemnité de logement, il a été adopté sans discussion, et il en a été de même dans toutes les autres délibérations.

Les secours aux fabriques, qu'on a séparés des secours aux hôpitaux et bureaux de bienfaisance, ont d'ailleurs été replacés, après de vifs débats, parmi les dépenses obligatoires.

On objecte néanmoins que, pour les frais d'entretien de la clôture des cimetières, que le décret de 1809 met à la charge des fabriques, le législateur a entendu, en 1837, modifier la législation antérieure, et qu'il a mis ces dépenses exclusivement à la charge des communes, par le n° 17 de l'article 30, qui rend obligatoires « la clôture des cimetières, *leur entretien* » et leur translation dans les cas déterminés par les lois et règle- » ments d'administration publique. »

Mais l'administration n'a jamais entendu en ce sens le n° 17 de l'article 30. Il y a, en effet, dans ce paragraphe un changement apporté à la législation antérieure; mais il ne touche pas aux rapports des fabriques et des communes. Le décret du 23 prairial an XII porte que les terrains consacrés aux inhumations seront situés hors de l'enceinte des villes et bourgs, à la distance de 35 à 40 mètres au moins de leur enceinte, et seront clos de murs de 2 mètres au moins d'élévation. Le projet présenté à la Chambre des députés en 1834 ne comprenait, parmi les dépenses obligatoires à ce sujet, que les frais d'entretien des clôtures. Le général Bugeaud proposa d'y ajouter les frais de translation des cimetières, et cet amendement fut adopté (séance du 5 mars 1834, p. 499). Dans un projet subséquent on a ajouté à ce paragraphe les frais d'établissement des clôtures.

Or il est incontestable et incontesté que les frais d'établissement des clôtures et les frais de translation sont exclusivement

[1] Voici comment le *Moniteur* rapporte la fin de cette discussion :

« *M. Chasles.* ..... Il est nécessaire que la loi s'explique là-dessus. Voulez- » vous changer cette législation?

» *De toutes parts.* Non, non!

» *M. Chasles.* Je ne le pense pas. Alors adoptez l'amendement, pour qu'il » n'y ait plus de difficultés à l'avenir.....

» (L'amendement est adopté.) »

Digitized by Google

à la charge des communes. Mais, dans ce paragraphe, la mention des frais d'entretien des clôtures a-t-elle eu pour but d'abroger la disposition de l'article 37 du décret de 1809, qui met ces frais à la charge des fabriques? On l'a affirmé, on ne l'a pas prouvé.

Il est vrai que, lors de la discussion de l'amendement du général Bugeaud, en 1834, un député affirma que l'entretien des murs de clôture des cimetières était toujours à la charge des communes. Mais son affirmation était erronée, elle était combattue par une affirmation contraire, et n'a donné lieu à aucune discussion spéciale.

En outre, la Chambre venait de se prononcer quelques instants auparavant sur l'amendement de M. Chasles relatif aux grosses réparations des églises, et nous avons vu qu'elle entendait formellement ne pas modifier le décret de 1809[1].

La même intention s'est manifestée dans une autre discussion qui a eu lieu à la même époque dans les Chambres, au sujet du contrôle des communes sur l'administration des fabriques.

En 1833, lorsqu'on délibérait sur l'article relatif aux attributions des conseils municipaux, et particulièrement sur le § 5 portant : « Le conseil municipal donne également son avis sur » les budgets et comptes des fabriques des églises quand elles » reçoivent ou réclament des secours de la commune, » quelques députés proposaient de supprimer cette restriction et d'étendre à tous les cas le contrôle du conseil municipal. Le président de la Chambre (M. Dupin) rappela la législation spéciale qui régissait les fabriques, et expliqua qu'en votant l'amendement on dérangerait toute l'économie du décret de 1809. L'amendement fut repoussé. (Séance du 9 mai 1833. — *Moniteur* du 10, p. 1306 et 1307.)

En 1834, la même proposition fut soumise à la Chambre des députés; et cette fois, malgré les efforts de M. Dupin, l'amendement fut adopté après une discussion très-vive. (Séance du 4 mars. — *Moniteur* du 5, p. 481 et suiv.) Mais le gouvernement et la Chambre des pairs n'acceptèrent pas cette innovation, à laquelle la Chambre des députés renonça elle-même. (Rap-

[1] Il ne faut pas oublier d'ailleurs que les produits spontanés des cimetières figurent parmi les revenus des fabriques. — V. *Dictionnaire général d'administration*, publié sous la direction de M. Blanche, v° *Commune*, p. 359, et *École des communes*, 1851, p. 86.

Digitized by Google

port présenté par M. Vivien le 26 avril 1836. — Séance du 3 février 1837.)

Enfin, lorsque le gouvernement, après la Chambre des députés, proposa de faire apurer les comptes des fabriques par les conseils de préfecture, comme ceux des communes et des hospices, la Chambre des pairs repoussa à deux reprises cette disposition. Et dans la séance du 1er avril 1837, M. Villemain ayant demandé à la commission des explications à ce sujet, le rapporteur (M. le baron Mounier) répondit : « L'honorable » préopinant aurait pu combattre le retranchement; mais quant » aux motifs de la commission, il les connaît, puisqu'il a assisté » à la discussion qui a eu lieu sur cet objet l'année dernière, et » qu'il a lu notre rapport. Il a vu que *l'intention de la Chambre » était de ne rien innover à la législation qui régit les fabri- » ques.* » (*Moniteur* du 2 avril 1837, p. 763.)

Nous sommes donc autorisé à conclure que les auteurs de la loi de 1837 n'ont pas entendu modifier les dispositions du décret de 1809, sur les obligations des communes à l'égard du logement des curés; et il ne nous paraît pas douteux que, en se référant à ces dispositions, ils les ont entendues dans le sens que leur donnait le gouvernement, qui a présenté ces projets de loi aux Chambres.

Ainsi la jurisprudence de l'administration est fondée sur l'esprit et le texte de la législation; et cette législation nous paraît irréprochable au point de vue de la logique et de la justice.

Qu'elle ne soit pas complétement en harmonie avec toutes les dispositions si diverses qui sont intervenues, sous des régimes politiques différents, au sujet des divers cultes dont les ministres sont salariés par l'État, nous ne pouvons en disconvenir.

Toutefois il ne faut pas exagérer ces contradictions; il ne faut pas soutenir, par exemple, que le système de l'administration crée une inégalité de charges entre les fabriques des paroisses dotées d'un presbytère et celles des paroisses qui n'en ont pas. Car si les secondes ont à fournir un logement ou une indemnité, les premières ont à supporter les réparations d'entretien et les grosses réparations ou reconstructions des presbytères; et dans ces deux cas, la situation de la commune est à peu près la même.

Ce qui paraît plus exact, c'est que les dépenses du logement

Digitized by Google

des ministres des cultes protestants et du culte israélite ne sont pas régies par les mêmes dispositions que celles du logement des ministres du culte catholique. (Ordonnance du 7 août 1842) Encore cette différence peut-elle être contestée. M. Boulatignier a fait valoir dans le travail précité (*École des communes*, 1845, p. 91) les raisons considérables qui peuvent conduire à placer les consistoires et les synagogues dans la même situation que les fabriques. Si cette différence existe, on pourrait en trouver le motif dans les conditions particulières de l'organisation des cultes protestants et du culte israélite.

En tout cas, sans que nous ayons besoin d'insister sur ce point, on comprendra que ces objections n'étaient pas de nature à faire revenir le Conseil d'État sur une jurisprudence aussi solidement assise. Les fabriques ont d'ailleurs réclamé moins vivement que les auteurs qui défendent leurs intérêts, puisque le Conseil d'État n'a été saisi par elles que de deux pourvois, jugés l'un en 1848, l'autre en 1858[1]. On peut penser que cette lutte regrettable ne durera pas toujours.

LÉON AUCOC.

[1] En 1850 le Conseil a rejeté, pour défaut de qualité, le pourvoi formé par un desservant contre la décision du ministre de l'intérieur rendue sur la demande de la fabrique, tendant à obtenir que l'indemnité de logement due au desservant fût payée par la commune. (Arr. du 29 juin 1850; *Hugony*.)

Digitized by Google

DE L'EMPLOI DES BROCARDS AU PALAIS.

PAR M. ANCELOT, avocat général à la Cour impériale de Riom.

Fille de l'érudition du XVIe siècle, notre éloquence judiciaire devait être et fut surtout érudite à son premier âge. Tout le monde sait de quel pesant attirail de citations elle était surchargée. Ce n'était pas seulement la glose et les docteurs qu'invoquaient à l'envi avocats et magistrats, c'était aussi toute l'antiquité profane et sacrée. « Ovide et Catulle, dit spirituellement La Bruyère[1], achevaient de décider des mariages et des » testaments, et venaient avec les Pandectes au secours de la » veuve et des pupilles. » Rappelons comme trait caractéristique du temps que le premier président de Harlay renvoyait les procureurs à l'Iliade pour y *apprendre leur devoir*. Ce mauvais goût régnait encore au barreau du XVIIe siècle, quand l'élégant Patru lui déclara la guerre. A la gloire trop oubliée peut-être d'avoir été l'un des premiers créateurs de la vraie langue française, il joignit le mérite, qui n'est pas sans prix, de condamner par son exemple cette accablante intempérance de citations. Après lui, l'éloquence du Palais dépouilla de plus en plus les oripeaux pédantesques qui la travestissaient au lieu de l'orner. Elle devint, au dernier siècle, fleurie, pompeuse et passionnée. De nos jours, toutes les richesses de la parole étant épuisées, elle a cherché son rajeunissement et sa distinction dans la simplicité... Simplicité qui la rapproche, à Paris surtout, des libres allures de la conversation, mais qui n'exclut ni la prétention ni les effets oratoires. Ce qu'elle fuit avec grand soin, c'est l'appareil de l'érudition doctorale. Elle n'a pas fait, grâce au ciel, divorce avec la science, mais elle lui ôte sa robe fourrée pour l'habiller à la mode du siècle, et la faire parler comme tout le monde. Rarement et timidement se hasarde-t-elle à balbutier quelque adage latin qui fait sourire. Cette pruderie n'est-elle pas un excès? La réaction n'a-t-elle pas été trop forte? Le barreau moderne n'use-t-il pas trop largement du bénéfice d'inventaire dans la succession de ses pères? C'est la question que nous nous sommes posée, et à laquelle nous essayerons de répondre.

[1] Chapitre 15, De la Chaire.

Digitized by Google

Chaque science, chaque art a ses formules techniques qui en résument les premiers principes dans leur expression la plus directe et la plus vive. Comment le droit qui est tout à la fois *science* et *art* n'aurait-il pas aussi les siennes? En effet, on les rencontre de plus en plus impérieuses en remontant dans le passé. La Grèce a pour premiers législateurs des sages, dont les lois sont des sentences, d'où leur vient le nom de philosophes *gnomiques*. A Rome, la loi des Douze Tables, ce *carmen necessarium*, que les enfants apprenaient par cœur et que Cicéron exalte avec tout l'enthousiasme oratoire [1], procède dans ses commandements avec des assonances rhythmiques qui la font ressembler à nos proverbes. A côté d'elle et sous son égide apparaît un formalisme sacramentel et tyrannique, qui s'asservit tous les actes importants de la vie et même la conscience du juge. Plus tard et peu à peu, le vieux droit quiritaire s'assouplit sous la main secourable du préteur et ouvre son sein à l'équité. La philosophie du Portique, déjà imprégnée d'un souffle chrétien [2], prépare l'âge d'or de la jurisprudence romaine. Le christianisme lui-même, cette philosophie du ciel, entre à son tour en possession de la société temporelle et achève la purification de ses lois. De ce concours prolongé d'influences se forme graduellement cet admirable ensemble de préceptes heureusement nommés la *raison écrite*, qui a si longtemps régné sur l'Europe civilisée, qui a inspiré ses jurisconsultes, ses publicistes, ses législateurs, et qui la domine encore par le glorieux empire de la sagesse. Le droit romain est-il autre chose, comme l'a vivement exprimé Gravina [3], que *Ratio imperans et armata sapientia, sententiæque philosophorum in publica jussa conversæ?* Quel opulent trésor de définitions précises, de lumineuses maximes, de règles conductrices! Et pour en venir plus directement encore à notre sujet, quelles formes privilégiées d'expression! quel moule d'airain pour ces pensées si fermes elles-mêmes! « Ce signe européen, a écrit l'éloquent » Joseph de Maistre [4], c'est la langue latine. Les médailles, les » monnaies, les trophées, les tombeaux, les annales primitives, » les *lois*, les canons, tous les monuments parlent latin... Rien

[1] *De orat.*, liv. XLIII.
[2] M. Troplong, *Influence du Christ*, chap. 4.
[3] *Oratio de jurisprudentia.*
[4] *Du Pape*, chap. 20.

Digitized by Google

» n'égale la dignité de la langue latine... C'est la langue de la » civilisation. » Ajoutons qu'elle est par-dessus tout la langue des lois et du droit : *Imperatoria brevitas.* Il y a dans cette mâle latinité des Gaïus, des Ulpien, des Papinien et des Paul, quelque chose du style lapidaire et de la rigueur mathématique. C'est ce qui faisait dire à Leibnitz, grand jurisconsulte avec tant d'autres titres plus connus : *Ego Digestorum opus vel potius auctorum unde excerpta sunt labores admiror, nec quidquam vidi, sive rationum acumen, sive dicendi nervos spectes, quod magis accedat ad mathematicorum laudem.* Il ne faut donc pas s'étonner que nos anciens jurisconsultes, même les moins romanistes, se soient complu à semer leurs écrits de ces adages sans nombre qui semblent être devenus la forme nécessaire des vérités qu'ils récitent. Les canonistes avaient imité les civilistes, et c'est du nom de l'un d'eux qu'on a tiré ce mot de *brocard*, encore usité de nos jours au Palais[1]. On abusa des brocards comme on abuse de tout. Par-dessus ceux des jurisconsultes romains s'étaient accumulés, dans la suite des siècles, ceux des glossateurs et des docteurs modernes. On pouvait donc aisément se battre à coups de brocards de toute espèce, et l'on s'en était fait une ridicule habitude que Racine n'a eu garde d'oublier dans ses *Plaideurs.* Il y avait à faire ici comme ailleurs la part de l'utile et du convenable. D'éminents esprits avaient ainsi fait. Bacon disait dans son aphorisme 90 : « Col- » ligendæ sunt regulæ non tantum natæ et vulgatæ, sed et aliæ » magis subtiles et reconditæ, quæ ex legum et rerum judica- » tarum harmoniâ extrahi possint, quales in rubricis optimis » quandoque inveniuntur : suntque dictamina generalia ratio- » nis, quæ per materias legis diversas percurrunt, et sunt » tanquam *saburra juris.* » D'Aguesseau signalait à son fils[2] l'importance de ces *notions communes,* qui sont comme *autant d'oracles de la jurisprudence.* « Rien, lui enseignait-il, ne fait » plus d'honneur à un jeune homme qui fait ses exercices ordi- » naires en droit, que d'avoir en main *ces sortes de sentences* » qui donnent non-seulement de l'ornement, mais du *suc* à

[1] Burchard, évêque de Worms en 1020, auteur d'une collection canonique, fut habituellement appelé Brocardus, et son ouvrage *Brocardica :* comme on y trouvait beaucoup de sentences, on finit par donner le nom de *brocard* aux sentences elles-mêmes.

[2] Première instruction.

Digitized by Google

» toutes ses réponses. » *Breves sed succi plenæ.* Un grand maître du barreau, M. Dupin, recommandait à son tour ces mêmes sentences, non pas seulement aux étudiants, mais bien aux avocats plaidants, comme apprenant ou rappelant beaucoup de choses en peu de mots (*paucis multa*), donnant du trait au discours et ranimant l'attention du juge[1]. On sait avec quel bonheur il les mettait au service de sa verve pénétrante. Nous obéissons aujourd'hui à des tendances contraires. Élèves quelque peu ingrats de la jurisprudence romaine, nous tenons à honneur de nous émanciper en adultes impatients. La science et la langue modernes nous paraissent se suffire pleinement, et plus d'un d'entre nous peut-être ne serait pas loin de s'écrier :

Qui nous délivrera des Grecs et des Romains?

Hâtons-nous, toutefois, de reconnaître que tels ne sont pas les sentiments des lecteurs habituels de la *Revue de législation;* néanmoins c'est assez sans doute que l'on voie çà et là se trahir au Palais des velléités opposées, pour qu'il nous soit permis de plaider un peu contre ces modernes contempteurs une cause qui n'est pas seulement celle de l'école, mais bien celle du barreau lui-même, et par conséquent celle de la justice. Au reste, comme la contradiction en toutes choses est le sort de l'homme ici-bas (*tradidit mundum disputationibus*), il se rencontrait même au XVIe siècle, nous apprend le *Dialogue des avocats* de Loysel, certains *délicats ou ignorants* qui auraient voulu *du tout bannir le grec et le latin du barreau.* Pasquier, l'un des interlocuteurs, se sépare d'eux ouvertement, et veut, au contraire, que l'on puisse semer un peu de grec et de latin dans les plaidoyers, mais à deux conditions, dont la première formera notre thèse : à savoir que le *trait soit si à propos et si significatif qu'il ne se puisse si bien exprimer en français,* et que l'on en use *sobrement et sans en faire montre ni parade.* Nous ferons grâce du grec trop peu connu de nos jours par la grande majorité des gens de Palais, et beaucoup moins juridique d'ailleurs que le latin. Nous nous bornerons donc à soutenir et mettre, si nous le pouvons en lumière, qu'il est nombre de maximes, formules, adages ou brocards latins dont rien dans notre langue ne saurait suppléer la vertu expressive et topique.

[1] Préface des *Prolegomena juris.*

Digitized by Google

Voulons-nous prendre tout d'abord de cette vertu un avant-goût philosophique? Demandons-lui ce qui est si difficile partout et si scabreux en matière de droit, suivant les Romains eux-mêmes [1], quelques *définitions*, par exemple celles de la donation à cause de mort, du domicile et des diverses sortes d'impenses.

Qu'était en droit romain la donation à cause de mort? Les lois 1 et 35, § 2, du titre qui s'y rapporte au Digeste, nous répondent : « Mortis causâ donatio est, cùm quis se habere » mavult quam eum cui donat, magisque eum cui donat quam » hæredem suum. » Peut-on rien imaginer de plus précis et de plus net, soit dans la pensée, soit dans la forme, que cette spécification qui sert encore aujourd'hui à caractériser certaines dispositions mixtes? — Notre Code définit le domicile le *lieu* où le Français *a son principal établissement*. Cette formule est sans doute aussi compréhensible que laconique. Elle rappelle par le mot *établissement* cette *suarum rerum constitutio* du fragment 203 *De verborum significationi*. Mais vous faut-il un développement analytique de cette idée mère? Vous le trouverez dans ce texte du Code, si empreint de cette *élégance* austère que recherchent les mathématiciens eux-mêmes : « Et » in eodem loco singulos habere domicilium non ambigitur. — » Unde non sit discessurus si nihil avocet, unde cum profectus » est peregrinari videtur; quo si rediit, peregrinari jam des- » titit [1]. » Quant aux impenses, Ulpien n'en fait-il pas saillir aux yeux de l'esprit les traits distinctifs avec la même élégance, en écrivant dans son précieux *Livre des règles* (titre 6): « Necessariæ » sunt impensæ quibus non factis dos (mettez *res* pour généraliser) » deterior futura esset. — Utiles sunt quibus non factis quidem » deterior non fieret, factis autem fructuosior effecta est... Vo- » luptuosæ sunt quibus neque omissis deterior fieret, neque » factis fructuosior effecta est... » Remarquez ce tour ingénieux de la pensée du jurisconsulte. Il détermine et différencie les impenses, non point par leurs résultats propres et directs, mais par les effets de leur omission. Remarquez aussi avec quelle concision pleine d'aisance cette pensée s'est moulée dans la syntaxe latine. Pourrions-nous en approcher dans notre langue?

[1] Omnis definitio in jure civili periculosa est. (*De reg. juris*, 202.)
[2] L. 7, C., *De incolis*.

Digitized by Google

Tous les jours, en dépit des *latinophobes*, nous entendons retentir au Palais cette définition du vol, qui en enserre avec tant d'énergie les deux éléments matériel et moral *rei contrectatio fraudulosa*[1]. Sans doute, la définition du Code pénal (*soustraction frauduleuse*) en est l'équivalent doctrinal; mais qu'est devenue la force de l'expression?

Après avoir franchi ce portique, entrons dans ce qu'on appelait d'un nom poétique le *florilegium rotundiorum juris sententiarum* : fleurs sévères, dont le bon sens condensé est le parfum. Toutes ne sont pas écloses sous des mains romaines. Il en est qu'ont fait naître la science et la pratique des siècles modernes, et qui cependant ne sont pas indignes de prendre place à côté de leurs aînées dans cette anthologie rétrospective. Nous en rencontrons un exemple à notre premier pas dans cette revue; — c'est Paul qui a fourni au titre *De regulis juris* (168) cette maxime si chrétienne au fond, si éloquente dans son expression : *Rapienda est occasio quæ præbet benignius responsum.* — Ce sont les jurisconsultes modernes qui en ont tiré ces corollaires si usuels, grâce à leur brièveté saisissante : *odia restringenda; favores ampliandi; — malitiis non indulgendum;* brocards qui perdraient toute saveur si on les délayait dans une paraphrase française.

Les principes régulateurs de l'état des personnes ont leur pivot fondamental dans cet autre brocard familier même aux gens du monde : *Pater is est quem nuptiæ dèmonstrant*[2]. Mettez en regard l'article 312 de notre Code, combien il est pâle à côté de son équivalent latin! — Trois mots *nomen, tractatus, fama* vous donnent l'essence de l'article 321 relatif à la possession d'état. Quoi de plus intraduisible que cette locution *vulgo conceptus*, qui indique avec tant de bonheur la paternité flottante de l'enfant naturel? On peut traduire, mais non reproduire avec leur vivacité précise, ces deux autres sentences : *Res perit domino; — nemini res sua servit.*

Quand nous avons à désigner un ensemble de droits indéterminés dans leur nombre et leur importance, nous employons le terme scolastique *universalité;* et à ce propos, remarquons que si le latin nous fait peur, les grands mots métaphysiques ne

[1] Pauli Sent., XXXI, *De furtis.* — L. 1, § 3, Dig., *De furtis.*
[2] *De in jus vocando*, 5, Dig.

Digitized by Google

nous effarouchent nullement. C'est d'ailleurs le propre des langues et des littératures vieillies. — Or, au lieu de dire laborieusement que l'hérédité est une universalité juridique, n'est-il pas plus simple de l'appeler un *nomen juris*[1]? Que s'il est question d'une cession de droits aléatoires, une formule analogue *quidquid juris* répond merveilleusement à la pensée... La matière des successions nous présente encore plus d'un dicton impossible à remplacer. Par exemple, se propose-t-on de saisir dans le patrimoine d'un successible, pour le soumettre au rapport, un don déguisé, on le sommera de montrer *unde habuerit*. En sens inverse, pour refuser le rapport d'un don provenant des revenus du *de cujus*, on dira que s'il ne l'avait pas fait *lautius vixisset*. Inutile de s'arrêter à l'*ultra vires*, à l'*aliquo dato*, au *semel hæres semper hæres*, qui sont traditionnels depuis tant de siècles.

Mais c'est surtout dans le champ si philosophique des obligations ou des contrats que l'on peut recueillir en abondance des traits expressifs. Le premier dans l'ordre des idées est cette définition du *pacte* qui, chez nous, s'applique à tout contrat : *duorum pluriumve in idem placitum consensus*[2]. Quelle justesse et quel laconisme substantiel! On sait combien les modalités infinies des conventions peuvent faire naître de rapports abstraits; nous allons voir avec quelle clarté privilégiée les jurisconsultes romains les ont mis en relief par un seul mot. — Le même engagement et la même disposition libérale peuvent être doublement suspendus, dans leur réalisation, par une *condition;* dans leur exécution, par un *terme*. Comment distinguer dans la langue du droit ces deux moments juridiques, et rendre ainsi plus perceptible l'intervalle de temps qui les separe? On dira pour le premier *dies cedit*, pour le second *dies venit*. Laissons, du reste, Ulpien nous l'expliquer avec son analyse limpide : « Ubi pure quis stipulatus fuerit, et cessit et » venit dies; ubi in diem, cessit dies sed nondum venit : ubi » sub conditione, neque cessit neque venit dies adhuc pendente » conditione[3]. » On ne saurait pousser plus loin la précision dans les choses morales, et l'on comprend sans peine l'admiration de Leibnitz en présence de tels chefs-d'œuvre. — La langue latine n'a pas été moins heureuse pour différencier

[1] *De verborum signif.*, Dig., 119 et 178.
[2] *De pactis*, Dig., fragm. 1, § 2.
[3] *De verb. signif.*, Dig., 213.

Digitized by Google

l'obligation *facultative* quant à l'objet dû, de l'obligation *alternative*. Elle a spécifié que la chose qui peut être substituée par le débiteur à la première est, non pas *in obligatione*, mais seulement *in facultate solutionis*[1]. — Dans trois des contrats formés *re* (le commodat, le dépôt et le gage), celui qui a reçu la chose prêtée, déposée ou engagée, a quelquefois des répétitions à exercer contre celui qui l'a remise et la réclame. Alors se produisent deux actions opposées, dont l'une ne repousse pas, mais modifie l'autre; — celle du commodant, du déposant ou du débiteur prendra le nom d'*actio directa*; — celle du commodataire, du dépositaire et du créancier, le nom corrélatif d'*actio contraria*[2]. Chacun de ces termes éveillera tout aussitôt dans l'esprit l'idée dont il est le signe approprié. — Si une personne a été indiquée dans la convention comme pouvant recevoir le payement à la place du créancier, elle sera qualifiée d'*adjectus solutionis gratiâ*[3]. Celui qui est chargé d'un mandat, dont l'utilité doit être pour lui en définitive, recevra le titre de *procurator in rem suam*, qui rend si bien l'opération mixte[4]. Combien de maximes perpétuellement invoquées ou invocables pour régler l'interprétation et l'exécution des contrats! *Specialia generalibus derogant.* — *Inclusio unius, exclusio alterius.* — *Utile per inutile non vitiatur.* — *Habilis ad nuptias, habilis ad consequentias.* — *Locus regit actum*, principe qui a joué un si grand rôle dans la théorie des statuts réels et personnels, et que le cosmopolitisme actuel doit rendre de plus en plus applicable. *Volenti non fit injuria.* — *Res inter alios acta nec nocet nec prodest.* Signalons encore, toutefois, une appellation juridique qui nous semble un peu trop délaissée. Il est grand nombre de cas où, par l'effet d'un quasi-contrat, on peut avoir action contre une personne, jusqu'à concurrence du profit qu'elle a fait. L'article 1312 du Code Napoléon en est un exemple. Cette action n'est pas autre chose que l'*actio de in rem verso* des Romains[5]. Essayez de remplacer cette dénomination, vous n'en trouverez que la monnaie sans caractère.

Dans l'ordre des dispositions libérales, quels traits vifs ne

[1] V. Pothier, *Oblig.*, n° 244.
[2] V. Dig., *Commodati vel contra*, fragm. 17, § 1, et autres textes analogues.
[3] V. Pothier, *Oblig.*, n°s 480 et suiv.
[4] Ibid., *Vente*, n° 550.
[5] V. Dig., lib. XV, tit. 3, et Cod., lib. IV, tit. 26.

Digitized by Google

rencontrerons-nous pas? Vous voulez exprimer que les substitués tiennent leur droit de l'instituant et non pas du grevé. Cette énonciation française est sans doute assez rapide; mais avec combien plus de netteté direz-vous : *Non a gravante sed a gravato!* Ces locutions *omisso medio*, *rectâ viâ* viendront très-heureusement se placer dans votre discours ou sous votre plume. — Il est assurément permis de trouver quelque peu scolastiques les formules latines des diverses conjonctions entre légataires : — *Re et verbis.* — *Re tantùm.* — *Verbis tantùm.* Cependant il faut reconnaître aussi qu'elles sont plus commodes que les circonlocutions qui les allongeraient, et que le législateur français n'a pas été heureux en les traduisant, puisque l'article 1045 est un des plus énigmatiques du Code.

Les Romains ont peu fourni à notre droit hypothécaire. Nous leur devons néanmoins un brocard qui pose en quatre mots la base de tout le système : *prior tempore potior jure*[1]. On cite plus souvent encore cet autre brocard, non pas romain, mais latin, sur l'indivisibilité de l'hypothèque : *tota in toto et in quâlibet parte.* N'a-t-on pas aussi plus d'une occasion de dire, avec une brièveté qui manque à notre idiome : *si vinco vincentem te, à fortiori te vinco?* Nul n'ignore avec quel art savant les Romains avaient construit leur appareil de procédure. C'est là surtout que l'on peut admirer, dans ses excès mêmes, la puissance d'analyse de leurs jurisconsultes. Aussi les législateurs modernes ont-ils pensé ne pouvoir mieux faire qu'en leur empruntant la division fondamentale des actions en *réelles*, *personnelles* et *mixtes*. Il est vrai que sur ce dernier point nous n'avons pas eu lieu de nous féliciter de l'emprunt fait à la légère; mais, en ce qui regarde les deux premières branches de la division, c'est encore aux juristes romains qu'il faut s'adresser pour en avoir la compréhension parfaite, et c'est à eux aussi qu'il faut en demander la véritable formule, que notre langue a singulièrement émoussée. En effet, les épithètes *réelles* et *personnelles* ne peuvent avoir qu'un sens assez flottant pour qui n'en connaîtrait pas la source. Dites, au contraire, action *in rem*, action *in personam*, et votre pensée s'illumine. Aux mots *in rem* substituez *ad rem*, et vous indiquez par ce seul changement d'un monosyllabe qu'il s'agit, non plus d'une revendi-

[1] Cod., *Qui potiores, etc.*, fr. 4.

Digitized by Google

cation, mais d'une demande tendant à la tradition d'une chose dont on n'est pas encore propriétaire. Ce n'est pas tout : — indépendamment des actions *mixtes*, il en est qui présentent deux degrés successifs et subordonnés : l'un *personnel*, l'autre *réel*. Telles sont les actions rescisoires qui tendent tout à la fois à l'annulation d'une obligation, et, comme conséquence, au recouvrement de la chose, en quelques mains qu'elle soit. Les interprètes modernes les ont qualifiées, par inspiration du droit romain [1], de *personales in rem scriptæ*. Pouvait-on mieux en accuser la double portée, et n'est-ce pas là une terminologie bien préférable au *rescindant* et au *rescisoire* de notre vieux droit? — Si nous passons du classement des actions à leur exercice, quelle force d'expression dans ces brocards : *Actor sequitur forum rei.* — *Onus probandi incumbit actori.* —*Reus excipiendo fit actor!* L'immutabilité de la chose jugée ne semble-t-elle pas rehaussée par la ferme contexture de cette maxime : *Res judicata pro veritate habetur?* Ne serait-on pas plus d'une fois embarrassé dans le mouvement de la plaidoirie s'il fallait poser en français la règle complexe qui est si bien resserrée dans cette phrase : *Quem de evictione tenet actio, eumdem agentem repellit exceptio?* Mais voici d'autres simplifications plus frappantes encore. Au lieu de recourir pour caractériser la possession utile à ces énonciations traînantes : *paisible, publique, à titre non précaire,* comme vous saisissez mieux l'esprit en lui jetant ces trois négations : *nec vi, nec clam, nec precario!* Avez-vous à marquer les deux jours extrêmes d'un délai? Ces deux jours seront l'un *a quo* et l'autre *ad quem*. Quatre syllabes auront suffi pour faire contraster ces deux termes. Il y a tant d'avantage à dire *action quanti minoris*, que cette formule de l'édilité romaine est devenue familière aux huissiers les moins instruits, qui s'en servent dans leurs actes.

Le droit criminel pourrait nous apporter aussi son contingent. Nous y remarquerions, en particulier, cette tutélaire sentence qui appartient en propre, et pour le fond et pour la forme, à la sage humanité de nos pères : *Nemo creditur perire volens.* Mais ce serait trop insister sur ce qui ne saurait être sérieusement méconnu. Signalons plutôt l'écueil où l'on peut se heurter en transportant certaines règles du droit romain dans le nôtre, si

[1] V. notamment Dig., *Quod metûs causâ*, L. 9, § 8.

Digitized by Google

l'on s'attache seulement à leur écorce au lieu d'interroger la pensée intime qui les a inspirées. — Rien n'est plus fréquent, par exemple, que d'entendre citer cet adage : *Reipublicæ interest mulieres non indotatas fieri* ou *dotes salvas habere.* Il a été plus que jamais mis en jeu dans la grande controverse qui s'agite encore sur le mode d'exercice des reprises de la femme commune acceptante ou renonçante. Certains partisans du prélèvement privilégié que nous avons combattu dans cette *Revue* ont cru fortifier puissamment leur système en le plaçant sous l'égide de la raison écrite ; mais par malheur ils ne faisaient qu'un anachronisme. Ils oubliaient ces derniers mots du texte invoqué : *Propter quas nubere possunt*[1], et cet autre de Pomponius : « Dotium causa semper et ubique perpetua est : nam » et *publicè* interest dotes mulieribus conservari, cum dotatas » esse fœminas ad sobolem procreandam *replendamque liberis* » *civitatem*, maximè sit necessarium[2]. » Ils oubliaient par cela même l'origine historique de ces prescriptions, qui n'étaient qu'un des rouages du mécanisme législatif, imaginé par les empereurs pour remédier à la dépopulation qu'avaient entraînée le débordement des mœurs et l'abandon du mariage. C'est ainsi que la conservation des dots avait été, comme moyen de faciliter les secondes noces, élevée à la hauteur d'un intérêt *public* de premier ordre. C'est ainsi encore qu'une action avait été donnée, contre leur père ou leur aïeul paternel, aux filles et petites-filles, pour les contraindre à doter[3]. Mais qu'y a-t-il de commun entre cet état social et le nôtre? Éprouvons-nous le besoin de pousser aux secondes noces? La conservation des dots est-elle autre chose, chez nous, qu'un intérêt *privé* très-respectacle sans doute, entouré par nos lois d'une protection spéciale, mais devant lequel n'ont pas à s'incliner religieusement tous les autres? La cause de la femme commune n'a donc rien pu gagner à cette exhumation inopportune de textes mal compris.

Il en est un autre qui n'est pas moins fréquemment cité, et dont les effets pratiques ont été plus sensibles; c'est celui-ci : « Fructus omnes augent hæreditatem, sive ante aditam sive » post aditam hæreditatem accesserint[4]. » Il est devenu le

[1] Dig., fragm. 2, *De jure dotium.*
[2] Dig., fragm. 1, *Solut. matrim.*
[3] Dig., fragm. 19, *De ritu nuptiarum.*
[4] L. 20, § 3, Dig., *De hered. petit.*

Digitized by Google

symbole de la jurisprudence aujourd'hui dominante, qui accorde au copartageant, créancier de jouissances, un droit réel de prélèvement et, par suite, un privilége sur le lot de celui par lequel elles sont dues. Autour de ce texte on en groupe plusieurs autres, empruntés soit au Digeste, soit au Code de Justinien[1]. Cette jurisprudence s'appuie solidement, il faut le reconnaître, tant sur les traditions françaises[2] que sur l'esprit de notre loi civile. Elle a aussi pour précédents quelques arrêts des parlements de droit écrit[3]; mais est-ce à dire pourtant qu'elle soit vraiment romaine? Rien n'est moins établi. Il y a d'abord à remarquer que la maxime *fructus augent* est écrite, non point au titre *Familiæ erciscundæ*, mais bien au titre *De hereditatis petitione*, c'est-à-dire non point à propos du partage entre cohéritiers, mais à l'occasion de la demande dirigée par un héritier contre le possesseur de bonne ou de mauvaise foi, qui méconnaît sa qualité et prétend lui-même être appelé à la succession. C'est dans cette seconde situation, et pour déterminer les effets de la revendication d'hérédité, que la loi romaine y fait entrer comme accessoires les *augmenta hereditatis*, et notamment les fruits perçus par le possesseur. Si ce possesseur est de mauvaise foi (*prædo*), il est même tenu de faire compte *des fruits des fruits*[4], tels que les croîts successifs donnés par les troupeaux[5], et de l'intérêt des fruits ordinaires[6]. Mais par quelle voie en est-il tenu? La pétition d'hérédité s'applique-t-elle directement à ces objets? Non; car cette action est *réelle*, et c'est uniquement à titre de *prestation personnelle* que le possesseur restitue la valeur de fruits qui ont cessé d'exister[7]. Le possesseur lui-même peut avoir droit contre le demandeur à des prestations du même ordre[8]. Ce sont là les

[1] V. *passim* au Dig. les titres *Familiæ Erciscundæ*, et *Communi dividundo*, les mêmes titres au Code et la loi unique *Si communis res*.

[2] V. Lebrun, *Successions*, liv. IV, chap. 1, nos 20 et 21.

[3] V. arrêt de la Cour de cassation, du 24 février 1829, fondé sur ces précédents (D., 1829, 1, 158).

[4] L. 40, § 1.

[5] L. 26 et 27.

[6] L. 51, § 1, et L. 20, § 11.

[7] L. 2, § 18. — Pothier, *Droit de propriété*, n° 416, et *Successions*, chap. 4, § 3.

[8] Pothier, *Droit de propriété*, nos 438 et suiv.

Digitized by Google

éléments qui doivent se balancer dans le compte à régler entre les deux parties; et tel est le point de vue tout *personnel* auquel se placent les jurisconsultes romains, quand ils disent : *Fructus augent hereditatem*. Ainsi donc, même dans le cercle de la pétition d'hérédité où nous rencontrons cette règle, rien n'autorise à y attacher le sens *réel* que la jurisprudence moderne en a déduit. Que si nous interrogeons les textes romains relatifs au partage entre cohéritiers, c'est-à-dire à l'action *familiæ erciscundæ*, nous voyons partout apparaître le même caractère de personnalité dans ce que l'article 828 de notre Code appelle du nom pratique de *fournissements*. Sans doute, comme l'insinue le Code de Justinien [1], la portion d'hérédité due à chaque ayant droit s'augmente des fruits, *incremento fructuum*. Mais c'est là encore matière de prestations personnelles. La loi 22, § 4, au Digeste, l'exprime on ne peut plus formellement : « Familiæ erciscundæ judicium ex duobus constat, id est rebus » atque præstationibus quæ sunt personales actiones. » Il en était de même de la procédure *communi dividundo* [2]. Il s'agissait donc là, comme pour la pétition d'hérédité, d'un compte à faire entre les parties contendantes de ce qu'elles se devaient réciproquement pour perceptions, avances, dégradations, améliorations, etc. [3]. On sait d'ailleurs que la qualification si énigmatique de *mixtes*, donnée par les Institutes (§ 20 *De actionibus*) aux trois actions *finium regundorum, communi dividundo* et *familiæ erciscundæ*, est généralement rattachée au double résultat qu'entraînaient ces actions : *attribution de la propriété* et *prestations personnelles* [4]. Les choses étant ainsi, Grenier [5] et Vazeille [6] n'ont-ils pas été bien fondés à dire que le brocard *fructus augent* n'était autre chose qu'une *vieille sentence mal définie*, dont on a spécieusement affublé la doctrine régnante, mais qui n'en est pas la véritable expression?

On s'exposerait à des méprises bien plus fâcheuses encore si l'on généralisait cette autre vieille sentence : *Quod ab initio*

[1] *Famil. erciscund.*, L. 9.
[2] L. 4, § 3, Dig.
[3] V. Pothier, *Pandectes*, liv. X, t. 2 et 3, et *Successions*, chap. 4, § 3.
[4] C'est l'explication de MM. Walter, Ducaurroy et Ortolan. Une autre a été donnée par M. Bonjean.
[5] *Des hypoth.*, n° 159.
[6] Art. 830, n° 3.

Digitized by Google

vitiosum est non potest tractu temporis convalescere[1]. C'est la fameuse règle catonienne qui a tant exercé les interprètes et les divise encore[2]. Ce n'est pas qu'elle ne soit l'expression d'un principe éminemment rationnel. Un acte doit naturellement être pourvu de ses conditions essentielles à l'instant même où il naît. Aussi voyons-nous que cette maxime, spécialement relative aux testaments, étendait cependant son empire à d'autres matières, aux stipulations, par exemple[3]; mais en sens inverse elle ne gouvernait pas d'une manière absolue soit ces matières diverses, soit même les dispositions testamentaires. Aussi Celsus a-t-il écrit[4] : *In quibusdam falsa est.* Inutile de relever ici des textes dont l'indication est partout; nous voulons seulement en inférer que si la règle en question était souvent en défaut dans la législation romaine, il en est à plus forte raison de même en droit français, où elle n'est qu'un précepte doctrinal. Parmi les cas sans nombre où elle doit être écartée, nous nous bornerons à citer celui que traite M. Troplong au n° 236 de son commentaire de la *vente*. Il s'agit d'un vendeur qui, après avoir aliéné la chose d'autrui, en devient propriétaire soit par acquisition, soit par succession. La vente, nulle d'abord, sera-t-elle ainsi vivifiée et consolidée? Oui sans aucun doute, malgré quelques dissidences. Il y avait dès le principe *res, pretium* et *consensus*. Seulement la *res* n'était pas dans le domaine et à la disposition du vendeur. Mais ne suffit-il pas qu'elle entre dans ce domaine avant la demande de nullité par l'acheteur? « Sous une législation aussi équitable que la nôtre, dit » énergiquement M. Troplong, on ne conçoit pas la rigueur et » la subtilité *catoniennes* qui viendraient pousser la nullité por- » tée dans notre article jusqu'au point de la faire survivre à » l'anéantissement de la cause dont elle serait le produit. Cette » exagération serait destructive de la bonne foi et de la stabilité » des contrats. »

C'en est assez pour montrer, ou plutôt pour rappeler avec quelle attentive réserve il convient d'employer, soit au Palais, soit ailleurs, les maximes que le droit romain nous a léguées.

[1] *De reg. juris*, Dig., 29, 201, 210.

[2] V. à ce sujet un remarquable travail dans la *Revue de législation*, mai 1846.

[3] V. Cujas, *Prælectiones ad titulum de reg. juris*, 29.

[4] *De reg. cat. Dig.*, fragm. 1.

Digitized by Google

Mais cela n'infirme en rien ce que nous avons dit des avantages de cet emploi.

Toutefois, on pourrait à bon droit nous reprocher un romanisme exclusif si nous ne faisions aussi la part du génie français. Chaque jour on cite au Palais ces brocards tout pétillants du sel gaulois qui distinguait nos pères ; Dieu nous garde de les dédaigner... Les uns sont comme les proverbes du bon sens, les autres sont la devise de précieuses conquêtes. Que de souvenirs, par exemple, dans ces quelques mots si pittoresques : *Le mort saisit le vif !* Pithou et Cujas ont eu le malheur de les traiter d'un vain dicton *courant les rues* (*vox de viâ collecta*[1]) et créé par l'ignorance. Le savant de Laurière en avait déjà mis au jour et l'origine et la portée ; mais il appartenait à la science historique moderne d'en pénétrer les profondeurs et d'en révéler l'importance. Il n'y eut pas moins dans ce dicton que l'émancipation partielle de la propriété privée enlacée jusque-là par le *vest* et le *devest*[2]. Aujourd'hui c'est l'expression la plus vive, possible de cette transmission immédiate qui a lieu du *de cujus*, à l'héritier. Combien d'autres brocards que rien ne saurait égaler, même le latin, parce qu'ils sont marqués au coin de l'esprit national ! Par exemple : *qui vend le pot dit le mot*[3] ; *l'entente est au diseur*[4] ; *on lie les bœufs par les cornes, et les hommes par les paroles*[5] ; *l'habit ne fait point le moine, mais la profession*[6] ; *erreur n'est pas compte*[7] ; *donner et retenir ne vaut*[8] ; *qui mieux abreuve, mieux preuve*[9] ; *meubles n'ont point de suite*[10] ; *qui répond paye*[11] ; et nos traditions juridiques nous présentent aussi quelques-unes de ces formules techniques que nous avons admirées dans la langue du droit romain, comme

[1] V. *Instit. cout.* de Loysel. — *Des successions*, I.

[2] V. dans la *Revue de législation*, t. X, p. 147 et 277, le compte rendu par M. Troplong du *Traité des droits d'enregistrement* de Championnière et Rigaud, et année 1847, par la profonde étude de M. Renaud, professeur à Berne.

[3] Loysel, liv. III, t. 4.

[4] *Ibid.*, liv. III, t. 1.

[5] Même lieu.

[6] Liv. II, t. 5.

[7] Liv. I, t. 5, et liv. VI, t. 3.

[8] Art. 273 de la coutume de Paris.

[9] Loysel, liv. V, t. 5.

[10] Liv. III, t. 7.

[11] Liv. IV, t. 5.

Digitized by Google

faire impression sur la tête d'une personne, en parlant d'un droit qu'elle acquiert; — *sortir nature de propre ou de créance; passer en frais de partage*, etc.

Il est temps de mettre fin à cette étude dont voici l'utile enseignement. — Nos pères nous ont transmis, comme venant soit d'eux-mêmes, soit des Romains leurs maîtres, un trésor de vérités juridiques. Dans ce trésor figurèrent comme monnaie au premier titre ces maximes, règles, sentences, ou, plus généralement, ces *brocards* frappés, suivant la belle expression de Platon [1], dans l'*or* pur de la *raison* et du *droit commun*. N'ayons pas la prétention malheureuse de les remplacer par les menues pièces de notre phraséologie moderne. Il y aurait perte sèche pour nos écrits et nos discours. Ce serait d'ailleurs manquer à la piété filiale envers ceux de qui nous tenons tout. Le lien des traditions n'est déjà que trop relâché en toutes choses. Maintenons-le fidèlement là où il faut le moins innover dans le culte du juste et du bon (*ars æqui et boni*). Ces Codes dont nous sommes si fiers appartiennent plus encore à nos devanciers qu'à nous-mêmes. La source où nous en avons puisé les éléments plonge aux plus intimes profondeurs d'un double passé, romain et français. C'est un de leurs glorieux fondateurs qui l'a dit, « les Codes des peuples se font avec le temps; mais, à » proprement parler, on ne les fait pas [2]. » C'est lui aussi qui a écrit : « Il faut pour comprendre le droit français remonter au » droit romain [3]. » — Servons-nous donc sans fausse honte des brocards latins ou nationaux, pourvu que ce soit, comme le voulait Pasquier [4], *sans en faire montre ni parade*.

A. ANCELOT.

[1] *Lois*, liv. I, p. 54 et 55 de la traduction de Cousin.

[2] Portalis, Discours préliminaire du Code Napoléon.

[3] V. Laferrière, *Histoire du droit*, Introduction, p. 16, pour la citation de ce passage.

[4] V. *suprà*.

Digitized by Google

APERÇU SUR LE RÉGIME HYPOTHÉCAIRE EN ITALIE.

Par M. Louis Boselllini, docteur en droit, avocat à Modène, correspondant de l'Athénée de Florence.

Les législations sont comme les plantes : tantôt elles naissent spontanées du sol, sans qu'on puisse déterminer comment elles y sont venues ni pourquoi elles y sont si abondantes, tantôt elles sont importées d'autres pays, d'autres climats. Mais si toujours la plante porte l'empreinte et les caractères de la semence qui l'a engendrée, elle se ressent aussi de la qualité du terrain où elle a été implantée et dont elle se nourrit. De la même manière, les lois, quoique empruntées à d'autres nations, subissent l'influence des lieux, c'est-à-dire des usages, des coutumes, de la façon de penser du pays auquel on les donne. Quoique le régime hypothécaire français ait été apporté dans toute sa pureté en Italie par la volonté toute-puissante de Napoléon Ier, il y trouva cependant des institutions qui d'abord exercèrent beaucoup d'influence sur son application et son interprétation, et qui, plus tard, parvinrent puissamment à le modifier. Lorsque le régime hypothécaire du Code Napoléon, fut promulgué en Italie (dans le Royaume en 1806, dans les départements italiens de l'empire, excepté le Piémont et la Ligurie, en 1808, et vers cette même époque à Naples), l'Italie possédait déjà l'institution des Archives, qui donnait une publicité aux hypothèques de toutes sortes et même aux transactions sur la propriété, car ni les unes ni les autres ne prenaient rang et n'avaient effet vis-à-vis des tiers si les actes publics ou privés desquels elles résultaient n'avaient été présentés en expédition authentique ou en original aux archives. On peut voir là-dessus en ce qui regarde Venise, où l'on apportait aux archives les soins les plus méthodiques, la collection des lois hypothécaires de l'Italie par M. Mager, de Bologne. Pour ce qui regarde Naples, on peut consulter M. Agresti; pour Parme M. Melegaci, et enfin moi-même j'ai tracé au complet ce régime en le comparant avec celui du Code Napoléon, dans la *Thémis* de Florence.

De là même il résultait qu'habitués à la publicité (quoique imparfaitement organisée) des hypothèques légales et des transmissions de propriété, les Italiens ne pouvaient pas regarder

Digitized by Google

avec sympathie la dispense française de l'inscription en faveur des hypothèques légales des femmes et des mineurs; et par conséquent, lorsqu'il s'est agi de réformer le régime français, on chercha tous les moyens pour parvenir à la publicité de ces hypothèques exceptionnelles, soit en n'accordant rang que du jour de l'inscription, comme à Parme, Modène, en Lombardie, en Toscane et dans l'État pontifical; soit (comme dans les autres États) en multipliant les personnes chargées de poursuivre l'inscription, ce qui, du reste, quant aux femmes mariées, éprouvait bien moins de difficultés en Italie, où n'est pas en usage la communauté; et dès lors les constitutions de dot qui se font par acte notarié y sont inscrites par le notaire. Le grand nombre des hypothèques anciennes, qui toutes étaient générales, venant se joindre aux hypothèques légales et judiciaires et à certains priviléges généraux, ou qui le deviennent par l'article 2113, et à d'autres priviléges s'étendaut sur une ancienne universalité d'immeubles, comme celui des copartageants, entravait beaucoup la spécialité, et ne permettait pas d'en saisir toute l'utilité si préconisée par les Français. Aussi est-ce la raison pour laquelle les nouveaux Codes de Parme et de Modène ont accordé la faculté de constituer des hypothèques générales, même par convention. Enfin, après avoir essayé tous les moyens indirects pour obtenir la publicité des transmissions de propriété par le cadastre, on est retourné dans quelques lieux au principe de la loi de brumaire sur la nécessité de la transcription, et l'on y a franchement adopté, comme en Toscane, le transfert au cadastre au lieu de la transcription. La jurisprudence des arrêts même de l'époque napoléonienne étala moins de rigueur en Italie qu'en France sur les formalités des hypothèques. L'Italie devança la jurisprudence plus moderne de la France sur la distinction des formes *substantielles* et des formes *non substantielles*. Il faut encore remarquer qu'en Italie la propriété est moins fractionnée qu'en France, et que le système des fossés pour l'écoulement des eaux, les arbres qui entourent les champs, la forme même des champs, rendant plus facile la description des héritages, on a dû y arriver naturellement à la maxime que lorsqu'on ne pourrait pas se méprendre sur les biens hypothéqués, *il ne devait pas y avoir de nullité sans dommage*, et que quelques omissions ou de légères inexactitudes n'entacheraient pas de nullité l'inscription.

Digitized by Google

Puisque tous les contrats d'aliénation sont déposés aux archives publiques, on avait pensé qu'il suffisait de les transcrire par extraits ; mais la jurisprudence a condamné cet usage comme contraire à l'esprit et à la lettre du Code Napoléon ; et même la loi hypothécaire de Toscane et le nouveau Code de Modène, en adoptant ce mode, y ont ajouté l'obligation de déposer une expédition de l'acte.

Il est facile à un œil exercé de remarquer dans la législation des États de l'Italie et dans la jurisprudence des arrêts de ses Cours, l'union de l'influence de ces tendances spéciales avec le développement de la science et de la jurisprudence en France, dont les jurisconsultes italiens suivaient avec empressement la trace : Merlin, Tarrible, Persil, Guichard étaient consultés et presque toujours suivis. Lorsque Grenier parut, on s'y attacha ; plus tard, M. Troplong entraîna les esprits. Mais enfin l'esprit national s'étant de plus en plus éveillé, et les illustres écrivains français s'étant multipliés, on commença en Italie aussi à choisir avec plus d'indépendance entre les opinions des Duranton, des Toullier, des Duvergier, des Zachariæ, des Troplong et autres ; on s'aperçut que, quelque respectable que soit toujours l'opinion de la Cour de cassation de France, elle aussi avait commis des fautes. Les travaux pour la révision du régime hypothécaire mirent en lumière beaucoup d'imperfections qu'auparavant on avait à peine entrevues. Dès lors les jurisconsultes italiens s'adonnèrent de plus en plus à l'étude de cette matière importante, et ces méditations enfantèrent les ouvrages que nous allons bientôt indiquer. Maintenant achevons notre tâche en ce qui regarde la législation.

Le royaume de Naples maintint la législation française presque en totalité jusqu'en 1819, où l'on publia des Codes nouveaux qui sont presque empruntés des Français. Le Code civil (*Lois civiles*) ressemble plutôt à une révision du Code Napoléon qu'à un système original de législation.

La Lombardie et Venise restèrent moins sous l'empire des lois françaises, parce qu'en 1816 l'Autriche leur donna son Code universel et ses règlements de procédure. Il y a dans ces lois des différences profondes avec la législation française en cette matière, et les Italiens, accoutumés aux lois et à la jurisprudence françaises, ont éprouvé et éprouvent toujours beaucoup de peine à s'accoutumer aux lois et aux usages germano-

Digitized by Google

autrichiens, quoique l'on ne puisse pas y méconnaître la perfection de certaines parties; mais le Code autrichien, quelle que soit la perfection de sa structure, est un squelette sans muscles, et reste trop en arrière des besoins des Italiens, peuple éveillé, souple, fin et audacieux. La science même et la jurisprudence n'ont pu se substituer à la loi dans les détails qui restent dans l'incertitude, parce que l'abstraction propre aux Allemands est incompatible avec l'esprit des Italiens, et que d'ailleurs, ne connaissant pas la langue allemande, ils restent à peu près étrangers à la science de cette grande nation. On ne connaît guère les livres d'érudition ou de haute théorie que par des traductions françaises, ou ceux que leur renommée a excité quelque Italien à traduire. Ainsi y lit-on Savigny et quelques autres romanistes, Mittermaier, Zachariæ et quelques autres criminalistes ou praticiens du droit français. Mais les écrivains sur le droit autrichien demeurent ignorés au delà de la frontière du royaume lombardo-vénitien, et même les auteurs de la Lombardie et de la Vénétie ne sont pas lus des autres Italiens, à moins que le droit romain ou le droit français ne soit la base de leurs travaux. Aussi le régime hypothécaire allemand du Code autrichien avec le système des tables publiques de la propriété et de ses charges, malgré les éloges qu'en ont même fait des écrivains français, n'a-t-il pas été mis en activité dans ce royaume, et les hypothèques et priviléges y sont régis par une loi du 10 juin 1826, sorte de mélange façonné de quelques principes autrichiens reposant sur la base française.

En Piémont toutes les lois et les institutions françaises furent d'abord abolies avec acharnement, mais bientôt l'on reconnut que l'ancien régime des hypothèques ne pouvait plus fonctionner, et l'on revint par une loi de l'année 1822 à un régime modelé sur le régime français. Enfin le Code du roi Charles-Albert, en 1837, fut un mélange du Code Napoléon avec peu de modifications substantielles, et des anciennes lois du Piémont. En matière d'hypothèques, on s'en tint aux principes de la spécialité et de la publicité comme en France, ordonnant, au surplus, l'inscription des hypothèques légales dans un délai, mais avec effet du jour du mariage ou de la tutelle.

En Toscane on abolit les lois françaises, mais l'on y a conservé le régime hypothécaire par *interim*, jusqu'à ce qu'en 1836 on

Digitized by Google

publia une loi hypothécaire qui est certainement une des meilleures qu'on ait tracée sur la base française.

Dans le petit duché de Lucques l'on conserva le Code français, moins les articles concernant le divorce et la communauté entre époux.

A Parme, le Code Napoléon fut conservé jusqu'en 1820, époque à laquelle fut promulgué le nouveau Code, refonte du Code français avec quelques éléments empruntés au Code autrichien.

A Modène, les Codes français furent abolis en 1814; mais le régime hypothécaire fut conservé par *interim* jusqu'en 1852 avec peu de modifications sans importance : aussi la jurisprudence de ce petit État resta-t-elle, en matière d'hypothèques, très-attachée au droit français. En 1852 fut promulgué le nouveau Code civil, dont les dispositions sont presque toutes copiées des Codes français, parmesan, sarde, napolitain. En matière d'hypothèques, on a supprimé le privilége des architectes, réduit l'hypothèque judiciaire en faveur seulement de la chose jugée, assujetti à l'inscription toutes les hypothèques légales, et, de plus, on a soumis à la transcription toute transmission de propriété, servitudes, etc.

Le Code du canton du Tessin est un abrégé du Code français : cependant il a emprunté quelque chose aux autres Codes italiens qui avaient été publiés auparavant.

En résumé, la publicité absolue des transmissions de propriété a été prescrite dans les États pontificaux, en Lombardie, en Toscane et à Modène; à Naples on a rendu obligatoire la transcription successive. En Piémont, la disposition qui requiert l'acte authentique forme une publicité indirecte.

La spécialité des hypothèques conventionnelles est maintenue dans toute l'Italie, excepté dans les duchés de Parme et de Modène.

La publicité des hypothèques légales a été introduite et rendue obligatoire dans la Lombardie, les États du pape, les duchés de Parme et de Modène, et dans le Tessin; de telle façon qu'elles prennent leur rang du jour de l'inscription. En Piémont et en Toscane, l'inscription doit avoir lieu dans un délai, mais elle obtient son rang rétroactivement au jour du mariage ou de la tutelle. A Naples et à Lucques, on a conservé la maxime française.

La nécessité du renouvellement de l'hypothèque dans le dé-

Digitized by Google

lai de dix ans a été conservée partout, hors en Piémont, où le délai a été porté à quinze années, et à Modène, où elle a été abolie.

Les autres différences sont de détail, et on peut les voir chez les auteurs.

Le caractère des Italiens, porté vers l'action pratique plus qu'à former le jugement du public par des ouvrages de théorie, a dû retarder chez eux la publication de traités dignes de ce nom sur les hypothèques. C'était d'ailleurs une tâche difficile à remplir. On aurait mal réussi en Italie en se bornant à copier en abrégé les auteurs français, et la législation italienne n'était pas assez originale en elle-même pour que les écrivains pussent en faire l'objet d'un ouvrage. Le premier livre qui ait mérité l'estime des savants a été le *Commentaire sur la loi hypothécaire toscane* de M. Sabatini, publié en 1833, en quatre volumes; seulement sa spécialité l'a nécessairement empêché de se répandre beaucoup dans le reste de l'Italie. MM. Jacoboni et Cesano ont expliqué les règlements hypothécaires des souverains pontifes avant Grégoire XVI, mais leurs ouvrages, trop restreints par le plan lui-même, n'ont pu dépasser la frontière de l'État pontifical et même de leur province. Nous ne nous occuperons pas de quelques brochures tout à fait pratiques publiées en Lombardie, ni des mémoires insérés dans quelques Revues de droit, quoiqu'il y en ait eu d'importants et pleins d'idées nouvelles; nous ne nous occuperons pas non plus des annotations très-judicieuses que les jurisconsultes napolitains sont accoutumés de joindre à leurs traductions d'ouvrages français.

Moi-même j'avais rêvé un ouvrage de jurisprudence hypothécaire comparée, et mes études m'avaient fait reconnaître qu'on ne pourrait jamais saisir la liaison entre le régime ancien romain-italique, le régime français et le germanique, sans remonter à la source des deux droits typiques, le romain et le germain anciens, à leur rencontre au milieu de l'Europe, à leur choc, à leur rapprochement et à leur mélange; puis, décomposer ce mélange dans ses éléments constitutifs pour reconnaître et distinguer ce qui appartient à chacun : au crédit personnel des Romains, au crédit réel des Germains. Je publiai la première livraison en 1845, qui ne fut pas mal accueillie; mais le dérangement de mon éditeur interrompit la publication de mon travail. Après quelques années de suspension, j'avais ré-

Digitized by Google

solu d'attendre la révision qui devait s'opérer en France avant que de le reprendre. Mais pendant ce délai furent annoncés les ouvrages de mes amis dont je dois parler maintenant; et sachant qu'ils auraient dignement rempli la tâche que je m'étais proposée, j'ai dû abandonner mon projet.

M. Louis Chiesi, de Reggio, a fait un commentaire sur le titre 18 du livre III du Code Napoléon, appelé *Système hypothécaire illustré*. Quatre volumes de cet ouvrage intéressant ont paru à Florence, et l'on attend le cinquième et dernier. Quoique très-modeste, l'auteur n'omet cependant pas de traiter avec indépendance les questions les plus agitées, et de les résoudre presque toujours très-heureusement, en s'appuyant sur les textes romains, qu'il connaît parfaitement, sur les arrêts des Cours d'Italie et sur la raison. Il compare ensuite les lois hypothécaires de l'Italie; et l'on peut assurer (telle est aussi l'opinion de M. Mittermaier) que si jamais cet ouvrage pouvait être traduit en français, il deviendrait très-utile aux Français en leur donnant la connaissance exacte de la législation et de la jurisprudence italiennes comparées avec les leurs, et en les initiant aux idées nouvelles et solides qu'on y trouve, auxquelles sans doute ils prendraient intérêt. La publication des quatre tomes de cet ouvrage a eu lieu en 1814.

M. Alexandre Carabelli a publié à Milan un ouvrage en deux volumes dans lequel ce jeune et puissant talent a traité du droit hypothécaire en vigueur en Lombardie, en relation avec la jurisprudence des autres pays.

Le droit romain, qu'il possède profondément, lui a fourni les moyens de faire un ouvrage dans lequel le droit français et le droit autrichien sont rapprochés habilement sous le double lien du droit romain et du droit germain. M. Carabelli est armé d'une dialectique puissante, et ses solutions sont empreintes d'originalité et de force. Si quelque jour son livre a l'honneur d'une traduction française, il appellera les regards, et exercera peut-être une utile influence.

M. Clément Giovanardi, de Bologne, ancien professeur, a voulu aussi parcourir ce vaste champ et se promener (pour ainsi dire) à travers toutes les questions principales qui surgissent de la matière, et particulièrement celles qui ont retenti le plus dans les tribunaux de l'État pontifical, ou que soulèvent le rapprochement du régime hypothécaire français et du droit canon de

Digitized by Google

cet État. Quoiqu'on ait reproché à cet écrivain distingué quelque défaut d'ordre, il ne cesse jamais d'être intéressant au plus haut degré par l'abondance des questions et la richesse des discussions. Et de même que la spécialité du droit autrichien augmente l'intérêt qu'inspire l'ouvrage de M. Carabelli, la spécialité du droit de Rome moderne et papale en ajoute à celui de M. Giovanardi, qui se forme de cent dissertations divisées en quatre volumes. Trois volumes en ont été déjà publiés à Imola.

L'État pontifical nous présente encore un autre écrivain sur les hypothèques, M. Louis Borsari, de Ferrare, ancien professeur, déjà très-estimé par ses plaidoyers et par un très-savant ouvrage sur l'emphytéose. Il a préféré la forme du traité à celle du commentaire, pour mieux embrasser, selon le titre qu'il a donné à son ouvrage, la *Jurisprudence hypothécaire des différents États de l'Italie.* Son introduction historique est un morceau précieux pour faire connaître exactement ce qu'était devenue, en droit commun et dans le barreau d'Italie, l'hypothèque romaine, et pour préparer ainsi à la connaissance du droit nouveau apporté par le Code français ou né du rapprochement de celui-ci avec les éléments anciens. M. Borsari se distingue par sa profondeur et par la juste appréciation de l'élément germanique. Il a repris ce que j'avais ébauché et l'a conduit magistralement. J'éprouve une satisfaction sincère qu'un homme d'une capacité supérieure achève une tâche que je désirais accomplir pour l'avantage de la science, et je suis sûr que les étrangers qui voudront connaître dans son ensemble la jurisprudence hypothécaire d'Italie, ne pourront consulter aucun livre avec plus d'utilité que celui-ci, comme il faut consulter celui de M. Chiesi pour les rapprochements et dérivations directes du Code français. Les livres que j'ai signalés à la considération des jurisconsultes français sont très-dignes de l'obtenir, et je souhaite que les Français regardent quelquefois la jurisprudence de ma patrie, l'Italie, qui est plus qu'aucune autre rapprochée de la loi française.

M. Mittermaier aussi a parlé avec beaucoup d'avantage desdits ouvrages, auxquels il a donné toutes les louanges qu'ils méritent. On peut voir son mémoire dans la Revue critique qu'il publie à Heidelberg en langue allemande.

Louis BOSELLINI.

Digitized by Google

DU BÉNÉFICE D'INVENTAIRE ET DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

OBSERVATIONS CRITIQUES SUR LA JURISPRUDENCE DE LA COUR DE CASSATION.

Par M. Serrigny, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon, bâtonnier des avocats à la Cour impériale de Dijon.

Le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines sont deux institutions juridiques qui ont beaucoup de points de ressemblance, mais qui, aussi, présentent des différences bien tranchées et bien caractéristiques. Il est très-essentiel de conserver à chacune de ces institutions son nom propre et ses effets distincts; car si l'on confond ensemble ces deux bénéfices on s'expose à voir infailliblement la confusion du langage entraîner dans une confusion d'effets, qui produit des erreurs inévitables, en ce que l'on attribuera aux deux institutions légales des conséquences qui n'appartiennent qu'à l'une d'elles. C'est ce qui est arrivé à la jurisprudence de la Cour de cassation en ces matières, et l'on verra tout à l'heure combien ces erreurs seraient préjudiciables au crédit public, si elles persistaient; elles détruiraient en partie les effets salutaires de la loi du 23 mars 1855 sur la transcription.

Les effets de la séparation des patrimoines du défunt et de l'héritier sont réglés par les articles 878, 879, 880, 881, 2111 et 2113 du Code Napoléon. Il en résulte, en faveur des créanciers et légataires qui ont pris une inscription dans les six mois, à compter de l'ouverture de la succession, un privilége immobilier au profit de la masse des créanciers héréditaires à l'encontre des créanciers de l'héritier; et si cette inscription n'a été prise qu'après ce délai de six mois, elle produit une hypothèque simple, à compter de sa date, à l'égard des tiers.

Ces résultats se concilient parfaitement avec le système de publicité établi par le Code Napoléon et perfectionné par la loi du 23 mars 1855 sur la transcription. L'inscription exigée par les articles 2111 et 2113 du Code Napoléon, est une notification faite au public, laquelle permet aux tiers de traiter avec l'héritier sans que les tiers, soit acquéreurs, soit donataires, soit créanciers hypothécaires postérieurs, puissent être dépouillés, s'ils observent les dispositions de la législation, en se faisant

Digitized by Google

délivrer des états d'inscriptions ou de transcriptions, et s'ils ont soin de purger avant de payer.

La séparation des patrimoines produit un autre effet juridique très-important dans l'opinion de ceux qui, comme moi, considèrent l'hypothèque, soit privilégiée, soit simple, que les articles cités y attachent, comme ayant le caractère d'indivisibilité qui est de la nature de l'hypothèque en général (art. 2114), en ce qu'elle apporte une exception au principe de la divisibilité des dettes entre les héritiers. Je sais bien qu'il y a des auteurs qui veulent appliquer à cette espèce d'hypothèque la disposition de la loi 1, Cod., *Communia de legat. et fideic.*, suivant laquelle cette hypothèque était divisible, d'après ces termes : *in omnibus hujusmodi casibus in tantum et hypothecaria unumquemque conveniri volumus, in quantum personalis actio adversus eum competit.* Mais cette divisibilité de l'hypothèque ne pourrait évidemment pas s'appliquer, chez nous, à l'hypothèque des légataires pour le payement de leurs legs, en présence de l'article 1017 du Code Napoléon dont les termes sont trop précis; d'où il faut conclure que la même indivisibilité doit s'attacher à l'hypothèque, soit privilégiée, soit simple, des créanciers du défunt, puisque l'article 2111 met sur la même ligne les créanciers et les légataires, et qu'il ne contient aucune exception à la règle de l'indivisibilité écrite en l'article 2114. D'ailleurs, s'il en était autrement, il arriverait que les légataires, au moyen de l'hypothèque indivisible des articles 1017 et 2111, pourraient se faire payer sur les immeubles de la succession, par préférence aux créanciers héréditaires ayant demandé et obtenu la séparation de patrimoines par des inscriptions régulières, ce qui serait souverainement injuste et ne doit pas être admis.

Tous ces effets attachés à la *séparation des patrimoines*, régularisée par une inscription, sont indépendants de la qualité des héritiers du défunt, leur débiteur; et il leur importe peu que ces héritiers soient majeurs ou mineurs, qu'ils aient accepté purement et simplement ou sous bénéfice d'inventaire. Toutes ces circonstances leur sont indifférentes, car la loi ne subordonne le bénéfice de la séparation des patrimoines sur les immeubles de la succession, qu'à des conditions dépendantes de la seule volonté des créanciers héréditaires; et ils ne peuvent le perdre par des événements dépendant de la volonté des héritiers.

Voyons maintenant si tous ces effets sont attribués par la loi

Digitized by Google

à l'institution connue sous le nom de *bénéfice d'inventaire*. Une première réflexion doit, tout d'abord, nous mettre en garde contre une solution affirmative : c'est que, s'il devait en être ainsi, le législateur aurait procédé par voie d'assimilation, et il aurait dit : Le bénéfice d'inventaire produira tous les effets de la séparation des patrimoines. Mais ce n'est pas ainsi que procède le législateur; il détermine avec beaucoup de soin les effets du bénéfice d'inventaire dans les articles 802 et suivants du Code Napoléon, et dans les articles 986 et suivants du Code de procédure.

Aux termes de l'article 802 précité, l'effet du bénéfice d'inventaire est de donner à l'héritier l'avantage : 1° de n'être tenu du payement des dettes de la succession que jusqu'à concurrence de la valeur des biens qu'il a recueillis... ;

2° *De ne pas confondre ses biens personnels avec ceux de la succession, et de conserver contre elle le droit de réclamer le payement de ses créances.*

Suivant l'article 803, l'héritier est chargé d'administrer les biens, et doit rendre compte de son administration aux créanciers et aux légataires.

Partant de là, on s'est demandé : 1° *le bénéfice d'inventaire emporte-t-il de plein droit le privilége de la séparation des patrimoines, tel qu'il est réglé par les articles* 878 *et* 2111 *du Code Napoléon?*

2° *En cas d'affirmative ce privilége continue-t-il de subsister après que l'héritier bénéficiaire a changé sa qualité en celle d'héritier pur et simple, soit par une déclaration expresse de sa volonté, soit par la déchéance exprimée aux articles* 988 et 989 *du Code de procédure, pour ne s'être pas conformé aux dispositions de ce Code sur les formes de ventes des immeubles ou des meubles de la succession?*

3° *Ce même privilége existe-t-il sur les biens dévolus aux héritiers qui ont accepté une succession purement et simplement, de même que sur ceux dévolus à l'héritier bénéficiaire, dans l'hypothèse où une succession échue à plusieurs héritiers est acceptée par les uns purement et par l'autre bénéficiairement?*

La première question, après avoir été l'objet d'une vive et ardente controverse, est aujourd'hui résolue par une jurisprudence si constante que les arrêts qui l'ont adoptée ne se comptent plus. On admet donc aujourd'hui, sans difficulté dans la

Digitized by Google

pratique, que les créanciers du défunt sont préférés sur les biens de la succession bénéficiaire aux créanciers personnels de l'héritier.

J'adopte aussi ce résultat, quoiqu'on ait objecté que le bénéfice d'inventaire est introduit dans l'intérêt de l'héritier, tandis que la séparation des patrimoines est un bénéfice accordé aux créanciers du défunt. Mais si j'admets le droit de préférence des créanciers de la succession bénéficiaire à l'encontre des créanciers personnels de l'héritier, ce n'est pas du tout, comme le disent à tort les arrêts, parce que l'acceptation bénéficiaire entraîne le privilége de la séparation des patrimoines, c'est tout simplement parce que les articles 802 et 803 du Code Napoléon attribuent cet effet au bénéfice d'inventaire.

En d'autres termes, l'acceptation d'une hérédité produit un quasi-contrat entre l'héritier, d'une part, et les créanciers et les légataires de la succession, d'autre part. Les effets de ce quasi-contrat sont différents, selon que l'adition d'hérédité est pure et simple ou bénéficiaire : au premier cas, l'effet du quasi-contrat oblige l'héritier au payement des dettes et des legs *ultra vires hereditatis;* au second cas, il constitue l'héritier administrateur comptable, et l'oblige à rendre compte aux créanciers et légataires, sans qu'il puisse rien conserver des biens faisant leur sûreté, avant qu'ils soient désintéressés. Or ce que ne peut faire l'héritier pour lui-même, ses créanciers ne le peuvent pas davantage, puisqu'ils n'ont pas plus de droits que leur débiteur sur la succession à lui dévolue. Cela est vrai, puisque les créanciers de l'héritier n'arrivent aux biens héréditaires que par l'intermédiaire de leur débiteur, et en exerçant ses propres droits.

Je ne conteste donc pas le résultat de la solution donnée par la jurisprudence à la première question qui se pose sur les articles 802 et 803 du Code Napoléon; ce que je combats, c'est la qualification donnée au droit de préférence des créanciers de la succession sur les biens héréditaires par rapport aux créanciers de l'héritier, préférence qualifiée à tort de *bénéfice de séparation des patrimoines.* Il y a là une erreur capitale dans les mots, et l'on verra tout à l'heure que, si cette erreur n'en produit pas ici dans les choses, elle a entraîné dans des conséquences déplorables et antijuridiques au plus haut degré.

Sur la seconde question, à savoir si le droit de préférence des créanciers de la succession à l'encontre des créanciers de l'hé-

Digitized by Google

ritier, subsiste après la conversion de la qualité de l'héritier bénéficiaire en celle d'héritier pur et simple, la jurisprudence répond : Oui, car le bénéfice d'inventaire est assimilé au bénéfice de la séparation des patrimoines, lequel ne peut se perdre par le fait de l'héritier.

Ici la solution devient beaucoup plus difficile. Toutefois, j'admets encore le résultat de la jurisprudence, tout en répudiant bien haut le motif qui lui sert de base, c'est-à-dire l'assimilation du bénéfice d'inventaire à la séparation des patrimoines. Je dis simplement ceci : le quasi-contrat produit par l'adition de l'hérédité à bénéfice d'inventaire continue de subsister, même après que l'héritier a changé sa qualité, soit volontairement, soit involontairement; car il ne peut dépendre de la volonté d'une partie liée par un quasi-contrat, de résoudre subitement ce quasi-contrat et de lui en substituer un autre, dont les effets seraient préjudiciables aux parties vis-à-vis desquelles elle était engagée. Les créanciers de la succession bénéficiaire ont dû compter sur les effets juridiques attachés au bénéfice d'inventaire par les articles 802 et 803 du Code Napoléon; ils ont dû regarder l'héritier comme un administrateur comptable, gérant à charge de leur rendre compte. Les acceptations bénéficiaires ont une sorte de publicité qui les dispense de la transcription, comme les transmissions héréditaires qui les précèdent. Nos lois voient dans l'ouverture d'une succession un fait patent, présumé connu du public, qui, dès lors, dispense de transcrire les mutations par décès pour les rendre opposables aux tiers, la mort équivalant à cette notification au public. C'est pour cela que, chez les Romains, la tradition n'était pas nécessaire pour transférer la propriété par hérédité ou par legs; c'est pour cela que, chez nous, la loi sur la transcription, en date du 23 mars 1855, n'est point applicable aux transmissions par décès. D'autre part, les renonciation à successions et les acceptations bénéficiaires étant faites au greffe, sont présumées connues du public; c'est pour cela que les articles 784 et 793 prescrivent de les faire au greffe du tribunal de la succession, et non ailleurs.

Ce double fait, l'ouverture de la succession et l'acceptation sous bénéfice d'inventaire, étant présumé connu du public, il n'y a pas à craindre que les tiers qui traitent avec l'héritier bénéficiaire, même déchu de sa qualité, puissent être trompés; car ils doivent savoir que, par l'effet du quasi-contrat dérivant de

Digitized by Google

l'acceptation bénéficiaire, le prix des biens de la succession doit appartenir aux créanciers héréditaires par préférence aux créanciers de l'héritier. Ajoutons, avec un arrêt de la Cour de cassation, du 18 juin 1833, « que la peine d'être, en ce cas, » considéré comme héritier pur et simple, est établie en faveur » des créanciers du défunt, et ne peut, par conséquent, tour- » ner contre eux, et les priver de leur gage exclusif; qu'eux » seuls pourraient invoquer cette déchéance, puisqu'elle n'existe » que pour eux; que ni l'héritier bénéficiaire ni ses créanciers » ne peuvent se créer un droit par un fait personnel de cet hé- » ritier administrateur comptable. » (V. Sirey-Devill., 33, 1, 730.

Si cela est vrai dans les rapports des créanciers du défunt vis-à-vis des créanciers purement *cédulaires* de l'héritier, en est-il de même dans leurs rapports avec les créanciers *hypothécaires* de ce même héritier? Il me semble que l'affirmative doit être adoptée sans trop de difficulté. En effet, le principe des articles 802 et 803 C. Nap. est applicable aux créanciers de l'héritier sans distinction; car les hypothécaires, comme les cédulaires, ne peuvent trouver d'assiette à leurs droits sur les immeubles de la succession qu'après que l'héritier bénéficiaire aura rendu son compte et qu'il y aura un reliquat, les créanciers héréditaires étant désintéressés.

L'opinion contraire serait une porte ouverte à tous les genres de fraudes; il suffirait de changer la qualité des créanciers cédulaires de l'héritier en celle de créanciers hypothécaires, pour les admettre à enlever le gage des créanciers de la succession : or c'est là un changement qui pourrait toujours s'opérer, soit par la volonté de l'héritier, soit même contre son gré, en conférant une hypothèque conventionnelle, ou en laissant prendre une hypothèque judiciaire.

Il n'est donc pas besoin d'admettre la fiction d'un *privilége* tacite, et sans inscription, de la séparation de patrimoines réglée par les articles 878 et 2111 C. Nap., pour aboutir à ce résultat de faire payer les créanciers du défunt sur les biens de sa succession acceptée bénéficiairement, même à l'exclusion des créanciers hypothécaires de l'héritier, puisque ceux-ci ne peuvent avoir plus de droit que leur débiteur, et que le quasi-contrat d'adition d'hérédité formé par la déclaration faite au greffe, ne peut être changé au préjudice des créanciers du défunt et sans leur participation.

Digitized by Google

La troisième question est de savoir si, au cas d'une succession dévolue à deux héritiers, et acceptée par l'un purement et simplement et par l'autre bénéficiairement, la séparation de patrimoines existe d'une manière absolue à l'égard de tous les héritiers, même de celui qui aurait accepté purement et simplement? La jurisprudence de la Cour de cassation résout cette question affirmativement [1]. — Et cette solution est appliquée à toute succession dans laquelle se trouve un héritier mineur au nom duquel l'acceptation aura lieu, puisque cette acceptation ne peut jamais exister pour lui qu'à bénéfice d'inventaire, aux termes de l'article 461 C. Nap. [2].

Cette décision est une conséquence exacte de l'idée très-fausse admise par la Cour de cassation dans une multitude d'arrêts : que l'acceptation bénéficiaire d'une succession emporte la véritable séparation des patrimoines, telle qu'elle est organisée par les articles 878 et 2111 C. Nap. — Voici comment cette Cour a motivé, sur ce point, son dernier arrêt, du 11 décembre 1854 : « Attendu, en droit, que l'acceptation bénéficiaire d'une succession *entraîne de plein droit*, au profit des créanciers de la » succession, *la séparation des patrimoines;*

» Que cette acceptation bénéficiaire par une partie des héritiers opère *la séparation des patrimoines* pour tous les biens » de la succession, *même à l'égard de ceux qui ont accepté purement et simplement...* »

Il y a dans ces brèves paroles des erreurs capitales et la destruction complète de tout crédit foncier. Si les doctrines qu'elles contiennent étaient exactes, ce serait bien inutilement que le législateur aurait cru confirmer le crédit foncier par la loi du 23 mars 1855, rapprochée du système de publicité en matière hypothécaire établi par le Code Napoléon. Toutes les fois que parmi les héritiers il se trouverait un mineur, à l'instant tous les immeubles de la succession seraient couverts d'hypothèques occultes, et ils entreraient dans la circulation au préjudice des tiers qui n'auraient pas le moyen de les connaître ni de les purger. Or combien y a-t-il de successions dans lesquelles il se trouve un héritier mineur? Combien y en a-t-il dans lesquelles, bien que tous les héritiers soient majeurs, il peut se trouver un

[1] V. arrêts des 29 juin 1853 (Devill., 1853, 1, 721) — et 11 décembre 1854 (*ibid.*, 55, 1, 277).

[2] V. dit arrêt du 11 décembre 1854, *loc. cit.*

Digitized by Google

héritier acceptant à bénéfice d'inventaire? On voit, d'après cela, quelle masse de biens immeubles vont se trouver grevés de priviléges ou d'hypothèques occultes, auxquels, certes, jamais nos législateurs n'ont pensé, et qui n'entrent pas dans la pensée des hommes d'affaires!

Heureusement qu'il est facile de démontrer que le système admis par la Cour de cassation est diamétralement en opposition avec les dispositions de nos lois, et qu'il y a lieu d'espérer qu'elle reviendra contre le système désastreux dans lequel elle s'est engagée.

L'erreur radicale, fondamentale, en cette matière, qui a entraîné la fausse solution admise plus haut, et qui en produirait bien d'autres, c'est de proclamer que l'*acceptation bénéficiaire entraîne de plein droit, au profit des créanciers de la succession, la séparation des patrimoines.* Il est bien vrai, comme nous l'avons vu plus haut, que l'acceptation bénéficiaire produit un quasi-contrat auquel les articles 802 et 803 du Code Napoléon attachent quelques effets qui ressemblent à ceux que produit la véritable séparation des patrimoines, organisée par le même Code; mais l'erreur consiste à assimiler de tous points ces effets du bénéfice d'inventaire à la véritable séparation organisée par les articles 878 et 2111. Or cette assimilation existe bien dans la jurisprudence de la Cour de cassation, et ses arrêts ne peuvent recevoir une autre interprétation. Ainsi, on lit encore dans les motifs de son arrêt du 29 juin 1853 :

« Attendu que le bénéfice d'inventaire, empêchant qu'il ne » s'opère dans la main de l'héritier une confusion de ses biens » avec ceux de son auteur, *opère de plein droit, entre ses deux » patrimoines, une séparation* dont l'effet est de restreindre » l'action des créanciers du défunt aux seuls biens de la succes- » sion, devenus ainsi leur juge exclusif; que pour s'assurer, » de leur côté, les avantages de cette situation, *ils n'ont alors » ni à former une demande en séparation de patrimoines qui, à » leur égard, n'aurait pas d'autres résultats, ni à prendre une » inscription que l'acceptation sous bénéfice d'inventaire a rendue » sans objet.....* »

On voit par là que la Cour de cassation considère l'acceptation bénéficiaire comme opérant une séparation de patrimoines aussi complète que celle qui résulterait des articles 878 et 2111, et qui serait révélée par une inscription sur les registres du con-

Digitized by Google

servateur des hypothèques. C'est en partant de cette idée que l'arrêt du 11 décembre 1854 est arrivé à juger que l'acceptation bénéficiaire opère une séparation de patrimoines, même à l'égard de ceux des héritiers qui ont accepté purement et simplement, par cela seul qu'il existe un héritier ayant accepté à bénéfice d'inventaire. C'est là, en effet, ce qui arriverait s'il y avait une séparation de patrimoines, inscrite en vertu de l'article 2111 du Code Napoléon; car, cette inscription donnant un *privilége sur les immeubles de la succession*, selon les propres termes de cet article, il en résulterait une exception à la règle de la division des dettes entre les héritiers, par suite de laquelle l'héritier pur et simple, détenteur des immeubles de la succession, serait tenu *hypothécairement* de payer les créanciers et les légataires, même au delà de sa part virile, sauf son recours contre ses cohéritiers.

Où trouver une pareille exception à la règle de la division des dettes dans la *section* qui traite *du bénéfice d'inventaire*, *de ses effets et des obligations de l'héritier bénéficiaire?* Évidemment il n'y a pas un mot dans les articles 793 à 810, placés sous cette section du Code Napoléon, qui, de près ou de loin, puisse prêter à une pareille supposition.

Au fond, y a-t-il rien de plus injuste que d'admettre la solution suivant laquelle les héritiers purs et simples seront tenus *hypothécairement* des dettes *chirographaires* de la succession, parce qu'il aura plu à l'un d'entre eux d'accepter la succession de leur auteur commun à bénéfice d'inventaire, au lieu de l'accepter purement et simplement? Est-il juste de faire dépendre les obligations des cohéritiers du parti qu'il aura plu à l'un quelconque d'entre eux de prendre ou de ne pas prendre? On conçoit que les obligations des héritiers puissent varier par la séparation de patrimoines inscrits en vertu de l'article 2111, puisque c'est l'application du droit commun qui attache l'indivisibilité aux hypothèques privilégiées ou simples (art. 2114), et que la loi a pu et voulu conférer une hypothèque privilégiée aux créanciers héréditaires qui se conforment à ses prescriptions.

L'assimilation faite par la Cour de cassation du bénéfice d'inventaire à la séparation des patrimoines *inscrite*, détruira le crédit de tous les cohéritiers ayant accepté purement et simplement, puisqu'ils ne pourront conférer sur les immeubles

Digitized by Google

échus à leurs lots aucune hypothèque qui ne soit primée par cette hypothèque invisible, quoique non inscrite, reconnue par la Cour de cassation aux créanciers héréditaires, même chirographaires, de toute succession dans laquelle se trouvera un héritier mineur ou majeur ayant accepté bénéficiairement. C'est bien inutilement qu'ils offriront hypothèque sur les biens échus à leurs lots, avec des certificats négatifs du conservateur. Les tiers qui accepteraient ces immeubles pour leur sûreté se trouveraient frustrés dans leurs espérances par l'apparition des titres de créances, même sous seings privés, même non enregistrés, même non inventoriés, émanés *du défunt;* car, par le décès, ces actes auront acquis date certaine, et, de par la jurisprudence, ils emporteront une hypothèque privilégiée *tacite* qui primera toutes celles conférées par les héritiers purs et simples sur les biens avenus à leurs lots.

Ces héritiers purs et simples ne pourront pas davantage vendre avec sécurité pour les acquéreurs, les immeubles à eux échus dans la même hypothèse d'un cohéritier mineur ou majeur bénéficiaire; car les acquéreurs n'auraient aucun moyen de payer sûrement leurs prix. Ils attendraient vainement l'expiration des quarante-cinq jours fixés par l'article 6 de la loi du 23 mars 1855; ils obtiendraient vainement des certificats négatifs d'inscriptions, puisque les créanciers du défunt qui a transmis les biens partagés, puis vendus par les héritiers purs et simples, sont, au dire de la Cour de cassation, dans la même position que s'ils avaient formé une demande en séparation de patrimoines et pris une inscription, sans que, de leur part, il y ait eu lieu de prendre cette inscription. Voilà donc des tiers, soit créanciers hypothécaires, soit acquéreurs, qui seront invinciblement trompés par la non-existence d'inscriptions pour annoncer ce prétendu privilége de séparation de patrimoines, lequel produit des effets tout aussi considérables qu'un véritable privilége de ce genre bien et dûment inscrit sur les registres du conservateur.

Les partisans de la jurisprudence de la Cour de cassation veulent assimiler le bénéfice d'inventaire à la faillite; ils disent: Lorsqu'une succession est acceptée bénéficiairement, il y a présomption qu'elle est en état d'insolvabilité; et cette présomption plane sur la succession entière, quoiqu'un seul des héritiers ait accepté ce mode de succession, et quoique cet héritier

Digitized by Google

soit un mineur, qui ne saurait accepter autrement la succession la plus opulente. L'état d'une succession héréditaire est assimilé à l'état de faillite par l'article 2146 C. Nap., qui refuse tout effet entre les créanciers d'une succession, aux inscriptions faites par l'un d'eux depuis l'ouverture, dans le cas où elle est acceptée sous bénéfice d'inventaire.

Remarquons d'abord que les termes de la loi n'annulent les effets d'une inscription prise sur une succession bénéficiaire *qu'entre les créanciers de cette succession*. Tout ce qu'a voulu la loi, c'est que le sort des créanciers d'une succession bénéficiaire, les uns vis-à-vis des autres, fût fixé par le décès de leur débiteur commun, et que la préférence sur le prix des biens qui sont le gage commun ne devînt pas le prix de la course, ou du voisinage du lieu de l'ouverture du décès. Mais il n'y a rien à conclure de là sur la solution des questions qui nous occupent. L'article 2146 ne s'occupe pas des effets des inscriptions qui seraient prises par les créanciers héréditaires dans leurs rapports avec les créanciers des héritiers bénéficiaires; il ne s'occupe pas des inscriptions qui seraient conférées par l'héritier bénéficiaire à des créanciers personnels; il ne s'occupe pas davantage des ventes qui pourraient être faites par cet héritier des biens héréditaires, et des effets que pourraient produire ces ventes. Enfin, il ne prévoit pas l'hypothèse que nous examinons, c'est-à-dire celle où, parmi plusieurs héritiers, un seul aurait accepté bénéficiairement et les autres purement et simplement; il ne dit point qu'en ce cas toute la succession sera réputée bénéficiaire, contrairement à la grande règle sur la division des dettes, consacrée si énergiquement aux titres *des Successions* et *des Obligations*, et qui remonte aux principes de la législation romaine et de notre ancien droit français.

Ce n'est pas tout : si le Code Napoléon avait voulu assimiler de tous points le bénéfice d'inventaire à la faillite, il aurait contenu une disposition semblable à celle de l'article 490 du Code de commerce, qui prescrit aux syndics de prendre une inscription, au nom de la masse des créanciers, sur les immeubles du failli. Au moyen de cette inscription, les tiers, outre l'immense publicité donnée à la faillite, sont avertis que les immeubles du failli ne sont pas libres, et, en conséquence, ceux auxquels on les offrirait en hypothèque ou en vente sont préve-

Digitized by Google

nus qu'ils aient à prendre leurs précautions pour traiter avec sécurité.

Rien de semblable n'a lieu pour les biens d'une succession bénéficiaire, et surtout pour les biens échus aux lots des héritiers qui ont accepté purement et simplement leurs parts héréditaires. Comment, dès lors, les tiers qui traitent avec eux seraient-ils avertis du prétendu droit réel d'hypothèque privilégiée dont les couvre si bénévolement la Cour de cassation, sous la qualification trompeuse et mensongère de *bénéfice de séparation des patrimoines*, et, chose monstrueuse et inouïe, de *bénéfice de séparation de patrimoines avec dispense d'inscription*. Car, remarquons bien que la Cour de cassation ne se borne pas à imaginer un vrai bénéfice de séparation des patrimoines pour toute succession dans laquelle il y a un mineur ou un héritier bénéficiaire, elle a inventé *un bénéfice de séparation de patrimoines avec dispense d'inscription;* c'est-à-dire qu'elle a créé une hypothèque privilégiée ou simple, toujours occulte et inconnue du public.

Pour compléter son œuvre, la Cour devrait nécessairement inventer un système de purge correspondant à ces priviléges ou hypothèques occultes. En effet, tout droit réel de privilége ou d'hypothèque doit pouvoir être purgé. Le Code Napoléon s'est montré fidèle à ce système. Après avoir établi des hypothèques légales dispensées d'inscription, il trace, dans les articles 2193 et suivants, un mode particulier pour purger les hypothèques occultes. Incontestablement, s'il avait voulu introduire le privilége occulte consacré par la Cour de cassation, il aurait indiqué un moyen de le purger. S'il ne l'a pas fait, c'est pour moi comme pour ceux qui voudront se donner la peine de raisonner, une preuve manifeste que ce prétendu privilége n'existe pas. Comment! Les créanciers d'une succession dévolue à un héritier bénéficiaire et à un ou plusieurs héritiers purs et simples, sont dans la même situation que des créanciers héréditaires qui auront demandé la séparation des patrimoines *et fait inscrire leur privilége sur les immeubles de la succession !!!* Ce serait là une chose inouïe que la création d'un pareil droit réel sans publicité, sans moyen possible de purge. Quant à l'hypothèque privilégiée de l'article 2111, il sera facile aux tiers qui voudront traiter avec les héritiers purs et simples, de purger les inscriptions qui grèveront les immeubles à eux ven-

Digitized by Google

dus. Ces immeubles entreront dans la circulation avec leurs charges inscrites, et personne ne pourra être trompé en s'adressant au conservateur des hypothèques, c'est-à-dire en prenant la plus vulgaire précaution, connue du plus ignare habitant de la campagne. Au contraire, supposons que ces mêmes héritiers purs et simples vendent les immeubles compris en leurs lots échus du partage avec un héritier bénéficiaire : quel moyen aura l'acquéreur de connaître la prétendue hypothèque privilégiée, qui grève, selon la Cour de cassation, ces immeubles qui seront nécessairement déclarés libres par le conservateur? Quel moyen auront-ils de la purger? A qui devront-ils faire les rectifications prescrites par l'article 2183 du Code Napoléon? Aux créanciers inscrits? Mais le conservateur a délivré un certificat négatif. Devront-ils employer les formalités des articles 2193 et suivants? Mais ces formalités ne sont prescrites que pour la purge des hypothèques légales sans inscription, qui grèvent les biens des maris et des tuteurs.

Je pose en fait que sur cent magistrats, avocats, notaires ou avoués, il n'y en aura pas un seul qui ne pense que, dans notre hypothèse, l'acquéreur des biens vendus par l'héritier pur et simple, ayant pour cohéritier un mineur ou un héritier bénéficiaire, ne soit à l'abri de toute action privilégiée de la part des créanciers du défunt, du chef de ce cohéritier à bénéfice d'inventaire.

Il est donc démontré que la jurisprudence admise par la Cour de cassation en matière de succession bénéficiaire, confond à tort deux institutions très-distinctes, quoiqu'elles produisent certains effets semblables : le bénéfice d'inventaire et la séparation des patrimoines telle qu'elle est réglée par les articles 878 et 2111 du Code Napoléon; — que cette confusion absolue conduit à des conséquences subversives de tous les principes du droit, en admettant des hypothèques privilégiées sans inscription, et dès lors occultes, que les tiers n'ont aucun moyen de connaître ni de purger. En marchant dans cette voie, la jurisprudence s'est écartée des textes et de l'esprit de nos lois. Pendant que le législateur agrandissait le cercle de la publicité par la loi sur la transcription du 23 mars 1855, la Cour de Cassation reculait dans le sens inverse et faisait rétrograder notre législation jusqu'au temps des hypothèques occultes, et même par delà les époques les plus arriérées du crédit public;

Digitized by Google

car l'édit du mois de juin 1771 offrait aux acquéreurs d'immeubles des moyens de purger les hypothèques et de payer leur prix avec sécurité, ce qui n'existe plus aujourd'hui, d'après la jurisprudence de la Cour de cassation, toutes les fois qu'il y aura un héritier bénéficiaire. Ce résultat, qu'aucune expression assez énergique ne saurait caractériser, suffit pour prouver la fausseté de la doctrine qui l'a produit.

Espérons que la Cour de cassation s'empressera de revenir sur une jurisprudence qui amène d'aussi déplorables résultats.

SERRIGNY.

BIBLIOGRAPHIE.

Sur le Cours de Code pénal et sur les Leçons de législation criminelle de *M. Bertauld*, professeur de procédure civile et de législation criminelle à la Faculté de droit de Caen.

Par M. Victor Molinier, professeur de droit criminel à la Faculté de Toulouse.

Les deux livres qui font l'objet de cette notice doivent être rangés parmi les remarquables publications qui attestent l'association de la France à l'heureuse impulsion que l'étude du droit criminel reçoit, à notre époque, dans tous les autres pays. Cette étude, trop négligée jadis parmi nous, tend à conquérir dans l'enseignement officiel la position que doit lui assurer son importance pratique, la place qu'elle occupe dans la science et l'intérêt particulier qui s'attache aux hautes doctrines dont elle offre l'application.

Ces idées se présentent lorsqu'on parcourt les deux ouvrages publiés par M. Bertauld. On y trouve la reproduction des savantes leçons qu'il fait à la Faculté de droit de Caen, et ces leçons offrent un enseignement à la hauteur de l'importance scientifique et pratique du sujet qui en fait l'objet.

Ce sujet est traité, dans les deux ouvrages dont nous rendons compte, d'une manière supérieure sous les trois points de vue qu'il présente, c'est-à-dire sous le point de vue de la philosophie, sous celui de l'histoire et de l'explication exégétique des textes.

Digitized by Google

Suivant une méthode qui est aujourd'hui assez généralement adoptée, M. Bertauld commence son *Cours de Code pénal* par des *prolégomènes* qu'il consacre aux principes fondamentaux et à des aperçus historiques et philosophiques. Six leçons sont d'abord consacrées à cette première partie de son enseignement, dont nous avons, avant tout, à entretenir nos lecteurs.

La première de ces leçons contient des aperçus généraux et des notions philosophiques. Qu'est-ce que le droit? C'est, suivant M. Bertauld, « la règle des rapports sociaux qu'imposent la raison et la justice. » L'homme créé pour vivre en société doit, dans ses rapports avec ses semblables, suivre les règles qui se déduisent de sa nature et qui sont propres à réaliser l'accomplissement de sa destinée. Ces règles constituent le droit naturel ou social, qu'il ne faut pas confondre avec la morale.

La morale embrasse tous nos devoirs : ceux que nous devons accomplir envers Dieu, ceux qui nous obligent envers nous-mêmes, ceux qui nous obligent envers les autres. Le droit se renferme dans une sphère plus restreinte, et n'embrasse que ceux de nos devoirs dont l'infraction porterait atteinte à l'ordre social, et dont l'accomplissement peut, par conséquent, être exigé dans un intérêt général.

La loi morale diffère de la loi religieuse en ce que l'une est attestée par la conscience et manifestée par la raison qui la découvre et qui ne la crée pas, tandis que l'autre est révélée par Dieu même, qui la dicte comme expression de sa volonté à laquelle il est dû obéissance.

De la nécessité d'assurer au sein de la société la paix et l'ordre, au moyen de l'observation des préceptes du droit, résulte l'emploi des procédés sanctionnateurs qui constitue le droit pénal. Ce droit, dit M. Bertauld, « est la sanction sociale, non pas de la religion, non pas de toute la loi morale, mais de la partie de la loi morale socialement exigible, c'est-à-dire du *droit.* » Ce moyen sanctionnateur se rattache donc intimement aux règles auxquelles il donne la vie; *le droit criminel*, a dit avec raison Rousseau, est moins une espèce particulière du droit qu'une de ses faces [1].

[1] Après avoir parlé des lois politiques et des lois civiles, ROUSSEAU ajoute, dans son *Contrat social* : « On peut considérer une troisième sorte de relation entre l'homme et la loi, savoir, celle de la désobéissance à la peine; et celle-ci donne lieu à l'établissement des lois criminelles, qui, dans le fond, sont moins

Digitized by Google

On voit par cet exposé rapide, que l'auteur trace avec beaucoup de netteté dans cette première leçon, les théories qui constituent les bases de la science dont il va exposer les préceptes.

Les quatre leçons qui suivent sont entièrement consacrées à l'*histoire de notre législation pénale*, à partir du Ve siècle jusqu'à l'époque actuelle. M. Bertauld divise les quatorze siècles que cet espace embrasse en cinq périodes.

La première est la période *germanique*, qui s'étend du Ve au XIe siècle.

La seconde est la période *féodale*, que l'auteur fait partir du XIe siècle[1] et prolonge jusqu'au XIIIe.

La troisième embrasse l'espace qui s'étend du XIIIe au XVIe siècle. C'est la période de *transition* et de *rénovation*, que l'auteur serait disposé à appeler période *française*.

La quatrième part du XVIe siècle et s'étend jusqu'à 1789; c'est la *période royale* par excellence, la *période des ordonnances*.

Enfin la cinquième commence à la révolution de 1789 et s'étend jusqu'à nos jours. Elle aboutit, par la réforme de 1832, au triomphe des doctrines qui rattachent à l'idée de la *justice absolue* le principe du droit de punir, et qui en déterminent l'exercice par l'*utilité*.

Dans ce vaste champ ouvert à des investigations historiques pleines d'intérêt, M. Bertauld signale successivement les sources diverses du droit pénal qu'offrent les coutumes germaniques, les institutions de la féodalité, le droit de l'Église, le droit des ordonnances émanant de la royauté, soit avec le concours des états généraux, soit en vertu de la plénitude de l'autorité royale, enfin le droit pénal consacré dans les Codes et dans les lois qui ont été promulguées en France depuis 1789. Ce sujet si fécond et si varié devient, sous la plume de M. Bertauld, l'objet d'une intéressante esquisse pleine de faits et de documents, qui présente plusieurs parties très-remarquables. Tout ce qui concerne les *guerres privées*, les limites successives apposées à l'exer-

une espèce particulière de lois, que la sanction de toutes les autres. » (*Contrat social*, liv. II, chap. 12.)

[1] L'auteur prend pour point de départ cette date, afin d'embrasser dans cette période le temps qui offrait l'expression la plus complète des institutions féodales. S'il eût eu à s'occuper de l'établissement de la féodalité, il l'eût sans doute reporté au IXe siècle, au capitulaire de Kiersi du mois de juillet 877.—V. M. Henri Martin, *Histoire de France*, t. II, p. 466 de la 4e édit.

Digitized by Google

cice de la vengeance personnelle, y est exposé avec beaucoup de précision et de netteté. On y voit comment l'action de la société ne peut se produire, dans les temps primitifs, que pour régulariser et amortir la vengeance des particuliers, tant qu'on n'est pas arrivé à une organisation politique assez forte pour que le pouvoir social puisse assurer la paix en s'emparant du glaive et en infligeant les châtiments au nom et dans l'intérêt de tous.

L'époque féodale voit s'amoindrir et tendre vers son déclin le système des *compositions*, expression si profonde de l'idée de la vengeance individuelle, à laquelle il a cependant porté une première atteinte. Le pouvoir, quoique fractionné, acquiert, en s'organisant sous une forme hiérarchique, une puissance protectrice qui lui permet de substituer son action à celle des particuliers. Cependant, ajoute M. Bertauld, il ne serait pas exact de dire que la *vengeance seigneuriale* remplaça d'abord le principe de la vengeance individuelle [1]. Le combat judiciaire viendrait protester contre une semblable pensée, et la poursuite d'office, à la requête du juge, n'existait encore que comme une exception qui ne se produisait qu'à défaut de l'action des particuliers, toujours investis du droit de provoquer la répression.

C'est à la royauté qu'il appartenait de substituer l'action de la *vengeance sociale* à la vengeance individuelle. Cette transformation commença au XIIIe siècle, et s'opéra peu à peu, sans relâche, pendant les siècles suivants. La royauté puisa dans le sein de la nation des forces qui lui permirent de généraliser son action et de s'investir de la haute mission de maintenir, au sein des sociétés, la paix avec le règne du droit. Les guerres privées et les combats judiciaires ne se produisirent plus que comme des faits exceptionnels qu'on tolérait encore, mais qui devaient disparaître. L'action bienfaisante des juridictions ecclésiastiques avait développé au sein des populations l'idée du droit, et avait préparé les voies dans lesquelles entrèrent les justices royales. L'exercice de l'action répressive passa donc des particuliers au monarque, qui la confia à ses procureurs dans un intérêt social, et qui investit par là ses représentants près des tribunaux d'une véritable magistrature. Suivant l'esprit qui

[1] P. 66.

Digitized by Google

vivifie un nouvel état politique, les perturbateurs, en offensant la paix publique, offensent le roi, qui en est le gardien dans l'intérêt de tous et qui fait frapper les coupables. L'action de la justice pénale se rattache encore à l'idée de la vengeance; mais ce n'est plus la vengeance individuelle, toujours exagérée et empreinte de passion; c'est la vengeance idéale de la loi, dont le monarque est le proclamateur, et à laquelle il a commandé l'obéissance. Le prince qui frappe fort les coupables et qui assure la sécurité publique au moyen d'une crainte préventive salutaire, reçoit de la reconnaissance et de l'amour de ceux qu'il protége la dénomination de justicier.

A partir du XVIe siècle jusqu'à 1789, trois idées dominent, selon M. Bertauld, dans le droit pénal de la France, qui se formule et qui s'exprime dans de grandes ordonnances : l'idée de la *vengeance publique*, l'idée de la *vengeance divine*, l'idée de l'*utilité* de la peine employée comme moyen d'intimidation. L'idée de la *vengeance publique* conserva toujours une large part d'influence. A cette idée l'auteur rattache le secret des procédures, l'absence des garanties pour les accusés, par exemple la privation d'un conseil, l'adoption de la torture empruntée au droit romain, et dont l'usage remontait aussi au droit attique.

L'idée de la *vengeance divine*, de l'expiation infligée dans cette vie, par le pouvoir civil, rend compte des usurpations du pouvoir humain sur la justice de Dieu, et explique comment la loi sociale atteignit souvent de purs faits de conscience.

Enfin l'idée de l'*utilité* de la peine employée comme moyen d'*intimidation*, dans le but d'agir sur les déterminations du libre arbitre, et de détourner, par la crainte, de la perpétration des actes coupables, peut expliquer, en la combinant avec les deux autres, comment l'intensité de certaines peines fut portée jusqu'au luxe de la cruauté.

« Le *désir préventif* et l'*idée d'intimidation*, dit M. Bertauld, expliquent comment, pour certaines incriminations, pour celles de lèse-majesté et de parricide, par exemple, la peine était appliquée même à des insensés et à des fous, dont la folie remontait aux faits poursuivis; — comment, en matière d'accusation de lèse-majesté, des peines étaient appliquées à des enfants innocents du crime de leur père; — comment, non-seulement en matière de lèse-majesté et de duel, certaines

Digitized by Google

poursuites se faisaient et les peines s'appliquaient contre la mémoire du défunt et même contre son cadavre; il ne s'agissait pas de *punir*, mais de *faire des exemples*. C'était la pratique de cette pensée de Quintilien : *Omnis pœna non tam pertinet* AD DELICTUM *quam* AD EXEMPLUM[1]. »

La cinquième leçon du cours de M. Bertauld est consacrée aux sources de notre droit pénal depuis 1789 jusqu'à nos jours. Nous regrettons que cette partie du remarquable travail historique de notre collègue n'offre pas les mêmes développements que celles qui précèdent. La crainte de ne pas pouvoir resserrer convenablement cette époque dans la limite d'une courte analyse, l'a déterminé à donner simplement les dates des monuments principaux que présente cette dernière période historique. Nous aurions cependant aimé de trouver, dans cet endroit de son livre, quelques aperçus sur les bases de la reconstitution de notre législation pénale par l'Assemblée constituante. L'histoire du Code pénal du 25 septembre 1791 eût assurément présenté, sous la plume de M. Bertauld, des pages pleines d'intérêt qui se seraient rattachées aux travaux si bien appréciés et si importants de M. Laferrière sur la législation civile intermédiaire[2]. Le Code des délits et des peines du 3 brumaire an IV, œuvre savante de l'un de nos plus grands jurisconsultes[3], sans rentrer aussi directement dans son sujet, puisqu'il ne contient que cinquante-trois articles sur la pénalité, eût pu cependant, comme œuvre de doctrine, amener quelques observations intéressantes[4].

[1] P. 95. — LA ROCHE-FLAVIN rapporte plusieurs condamnations prononcées contre des individus dont l'aliénation mentale remontait à une époque antérieure aux faits qui leur étaient imputés. (*Arrêts notables du parlement de Toulouse*, liv. II, tit. 12.) — Voir, sur l'esprit des anciennes lois pénales, la préface du *Traité de la justice criminelle* de JOUSSE, publié en 1771.

[2] *Histoire des principes, des institutions et des lois de la révolution française, depuis* 1789 *jusqu'en* 1800. 1 vol. in-12, 1851.

[3] M. Merlin. — V. sur ce point ce que disait M. DUPIN dans le discours de rentrée qu'il prononça à l'audience solennelle de la Cour de cassation, du 3 novembre 1847 (journal *le Droit* du 4 novembre 1847, p. 1090).

[4] Voici dans quels termes s'exprime sur ce Code M. MIGNET dans sa *Notice historique* sur la vie et les travaux de M. Merlin : « Expression généreuse de la philosophie sociale la plus avancée, ce Code, écrit avec une clarté élégante, et dont chaque disposition portait pour ainsi dire sa raison en elle-même, fut voté en deux séances par la Convention, qui l'adopta de con-

Digitized by Google

L'époque du consulat et de l'empire se présentait avec l'élaboration par le Conseil d'État et la publication du Code de 1810, premier monument complet de notre législation pénale. Les travaux préparatoires de ce Code, l'exposition du système de pénalité qu'il consacre, l'appréciation critique de la méthode adoptée pour sa rédaction et des divisions qu'il présente, pouvaient rentrer dans les cadres du docte professeur.

Enfin à partir de la Restauration commença, pour le Code pénal de 1810, une ère de réforme qui s'est prolongée jusqu'à nos jours. L'histoire de ces réformes successives, qui ont si profondément modifié l'économie de ce Code, amenait à constater l'état de la législation pénale qui est actuellement en vigueur et qui nous régit.

Empressons-nous cependant de dire que si M. Berlauld ne donne pas, sur la législation intermédiaire et sur l'époque contemporaine, des détails historiques que ses précédentes leçons font regretter, il expose au moins, avec la supériorité de sa méthode, l'esprit qui inspira les rédacteurs du Code de 1810 et les doctrines philosophiques auxquelles on doit les réformes que cette grande œuvre législative a, de nos temps, subie.

Passant par là de l'ordre des faits historiques dans le champ de la doctrine pure, l'auteur consacre une sixième leçon à l'examen critique des doctrines diverses qui se sont produites à travers l'élaboration et les évolutions de notre droit pénal. Cette leçon, dans laquelle on trouve l'expression d'une philosophie élevée, résume d'une manière heureuse ce qui précède, et offre la synthèse des faits historiques dont on a auparavant parcouru le tableau.

Déjà, en 1850, notre collègue avait publié une *Étude sur le droit de punir* qui avait été remarquée, et qu'il a eu l'heureuse pensée de placer, à titre d'appendice, à la fin du volume qu'il vient de publier. Dans cette leçon et dans cette étude, sept théories qui se sont produites dans le champ de l'histoire, et qui ont exercé une influence plus ou moins profonde sur l'élaboration du droit positif et sur l'administration de la justice, sont séparément examinées et appréciées, à savoir : le principe de la vengeance, la théorie de l'intimidation, celle du contrat

fiance. La pensée de M. Merlin resta pendant près de quinze ans la législation de la France. » (*Notices et mémoires historiques*, t. I, p. 225.)

Digitized by Google

social, le principe de l'utilité, le système de la défense sociale, celui de la justice absolue, et enfin la doctrine éclectique de la justice limitée par l'utilité sociale. Nous ne suivrons pas l'auteur dans ses appréciations, à la fois judicieuses et remarquables par la profondeur de la logique et par la netteté des aperçus. Disons seulement qu'il propose un huitième système dans lequel on rattache le droit de punir au droit de se faire obéir qui constitue un des attributs de la souveraineté. « Les bases de la justice et de la pénalité, dit-il, sont dans la notion et dans l'essence même de la loi. Une loi sans sanction n'est pas une loi; c'est un conseil; eh bien! la loi est légitime aussi bien dans la partie qui trace la règle que dans la partie qui l'impose; toute société implique des rapports, c'est-à-dire une loi; et toute loi implique un moyen de conquérir l'obéissance [1]. »

Ce raisonnement est assurément d'une vérité incontestable; le droit de commander qui constitue la souveraineté, a pour conséquence déduite de son essence, celui d'assurer l'obéissance. Mais que M. Bertauld veuille bien nous permettre de le dire, nous ne voyons pas que son système diffère autant qu'il paraît le penser, de celui de l'école éclectique, dont on trouve une exposition aussi élégante que profonde dans les écrits de M. de Broglie [2] et de M. Rossi [3].

Il paraît aujourd'hui bien difficile de séparer l'idée de la pénalité sociale de celle du mérite et du démérite des actions humaines. Ces deux choses se confondent; car celui qui ne se soumet pas aux préceptes de la loi positive enfreint par cela même les lois de l'ordre moral, qui exigent l'obéissance aux commandements du souverain. Détacher de la peine l'idée d'une expiation morale, c'est la priver d'un caractère qui lui est inhérent, qui la sanctifie, et qu'il est utile de lui conserver pour qu'elle soit acceptée et pour que son action soit toujours salutaire.

Quant à nous, nous l'avouons, nous n'admettons pas une distinction aussi profonde que celle que notre honorable et savant collègue s'efforce d'établir entre la *loi sociale* et la *loi morale*. Nous admettons que la justice humaine se rattache à la justice

[1] P. 133.
[2] *Revue française*, septembre 1828.
[3] *Traité de droit pénal*. Paris et Genève, 1829.

Digitized by Google

de Dieu, et qu'il n'y a entre elles deux de différence que quant à l'étendue de leur action. Celle de la justice humaine ne doit se produire que dans la sphère limitée du droit humain et dans la mesure de ce qui est nécessaire pour assurer l'obéissance aux préceptes du législateur dont l'intérêt de la société exige impérativement l'accomplissement. Ces doctrines sont celles qui ont inspiré la législation qui nous régit, et récemment encore un orateur les reproduisait en termes très-remarquables, dans le rapport présenté au Corps législatif au sujet de la nouvelle loi relative à l'exécution de la peine des travaux forcés : « Le but de toute peine, disait M. Du Miral au nom de la commission dont il était l'organe, doit être *l'expiation du crime, l'amendement du coupable, la préservation de la société....* Il n'y a pas d'*expiation* intelligente du crime sans amendement du coupable ; il n'y a pas d'*amendement* sérieux et sûr sans expiation; il n'y a pas de *préservation* complète sans l'amendement du coupable et sans l'expiation exemplaire du crime. L'intérêt de la société n'est jamais autre que celui de la justice; ils se confondent toujours [1]. » Sous le bénéfice de ces observations, nous nous plaisons à signaler le mérite très-éminent des leçons qui forment les prolégomènes du *Cours de droit pénal* de M. Bertauld.

Après ces six premières leçons, il en vient treize autres qui sont toutes consacrées à un commentaire savant et méthodique des deux premiers livres de notre Code pénal, renfermant les dispositions générales. Nous n'entrerons pas, sur cette partie du livre de M. Bertauld, dans des détails semblables à ceux que nous venons de donner, parce qu'il serait difficile de généraliser. Nous nous contenterons de dire que nous avons lu avec un bien vif intérêt ce qu'on y trouve sur la loi pénale envisagée sous le rapport de l'espace et du temps dans lesquels elle exerce son empire. Cette loi a-t-elle un caractère *personnel* et doit-elle atteindre, dans certaines limites, les faits qui se sont accomplis à l'étranger? Comment doit-on appliquer aux matières criminelles le principe de la *non-rétroactivité?* Voilà des questions des plus intéressantes qui se rattachent au commentaire des articles 5, 6 et 7 du Code d'instruction criminelle, et de l'article 4 du Code pénal. L'auteur éclaire la portée d'applica-

[1] *Moniteur* du 4 mai 1853, supplément I, p. 35, 3e colonne.

Digitized by Google

tion de ces articles et par les théories du droit pur et par les faits historiques.

Après avoir ainsi examiné l'étendue de l'empire de la législation française sous le rapport des *lois*, sous le rapport des *personnes* et sous celui des *temps*, M. Bertauld détermine quelles sont les conditions constitutives de l'infraction, et expose avec une remarquable lucidité les théories consacrées par les dispositions des articles 2 et 3 du Code pénal sur la *tentative*. Passant ensuite aux peines établies par notre législation pour les matières criminelles, correctionnelles et de police, il donne des explications lumineuses sur les dispositions du premier livre du Code pénal.

Il aborde, dans la treizième leçon, le principe du *non-cumul des peines*, dont il recherche le fondement rationnel, et qu'il rapproche de l'aggravation qu'entraîne la récidive. Passant ensuite à l'explication du livre II du Code pénal, il recherche les conditions de l'*imputabilité*, il expose l'influence de l'âge sur la présomption de responsabilité, et, après quelques explications qui, se rattachant à la terminologie, ont pour objet de rectifier le langage et de prévenir toute confusion entre l'*irresponsabilité* et l'*excusabilité*, il est conduit, par l'ordre des idées, à passer des *excuses légales* aux *circonstances atténuantes*. L'article 463 du Code pénal fait l'objet d'une leçon spéciale dans laquelle la philosophie du droit, son histoire et l'interprétation logique des dispositions que contiennent les textes concourent pour élucider une matière des plus ardues, que des changements récemment introduits dans la législation sont venus compliquer.

Après les causes d'*atténuation* et de *mitigation* des peines, viennent les causes d'*aggravation* et se présente la matière de la *récidive*, si féconde en difficultés d'application. Nous avons été heureux de trouver dans cette partie des leçons de notre collègue, l'examen de plusieurs questions que nous avions nous-même soulevées dans nos publications [1], et de rencontrer quelquefois des solutions qui serviront d'appui à celles que nous avions données.

Les deux dernières leçons du *Cours de Code pénal* sont con-

[1] *De la récidive en matière de crimes; De la récidive en matière de délits* (*Revue critique de la jurisprudence*, t. I, p. 46 et p. 421).

Digitized by Google

sacrées à la *complicité*. Cette matière, qui est sans contredit une des plus difficiles, et sur laquelle se sont produites de nombreuses théories, est traitée avec des développements convenables. Lors même qu'on n'accepterait pas certaines des solutions de l'auteur, dans un sujet qui touche à tant de points divers et délicats, on n'en retirerait pas moins un grand profit de la lecture de son travail. Il le termine par une question pleine d'intérêt, et sur laquelle il existe une regrettable dissidence entre la doctrine des auteurs et la jurisprudence. Le complice est-il passible de l'aggravation résultant d'une qualité personnelle à l'auteur du crime ou du délit? Des criminalistes en assez grand nombre répondent que non, mais la Cour suprême a consacré l'affirmative. M. Bertauld n'hésite pas à croire que la jurisprudence a raison contre la doctrine. Il fait remarquer « que la qualité de l'auteur du crime constitue une circonstance aggravante inhérente au crime lui-même, car elle en augmente l'immoralité [1]. » Quant à nous, nous admettons une théorie qui range les faits d'aggravation ou d'atténuation dans trois catégories.

La première comprend les circonstances accessoires qui se rattachent directement au fait principal, telles par exemple que les circonstances de nuit, de lieu habité, d'escalade, de fausses clefs, d'effraction en matière de vol; ces circonstances emportent aggravation de la peine à l'égard de tous les codélinquants, soit auteurs, soit complices.

Nous plaçons dans une seconde catégorie les circonstanues qui se rattachent à certains des coauteurs ou des complices, qui leur sont personnelles et qui ne modifient en rien le délit. Elles n'influent sur l'application de la peine que par rapport à celui qu'elles concernent. Ainsi la récidive n'amène une élévation de la pénalité qu'à l'égard de celui des coaccusés qui a subi une précédente condamnation. La minorité de l'auteur du délit se concentre, quant à ses effets légaux, dans sa personne, et est sans influence sur l'application de la peine à ses complices.

Enfin, il est d'autres éléments d'aggravation qui émanent d'une qualité personnelle dont est investi l'un des délinquants, mais qui confèrent aux faits une criminalité spéciale, et qui déversent sur tous ceux qui y ont participé une augmenta-

[1] P. 491.

Digitized by Google

tion de culpabilité. Dans ce cas, les conséquences juridiques de la qualité de l'un des coupables doivent peser sur tous les autres, puisqu'elles influent sur la valeur légale de l'acte. Ainsi celui qui a aidé un fils dénaturé à donner la mort à un ascendant, a participé à un acte qui constitue à la fois une infraction au précepte qui défend l'homicide et à celui qui commande l'honneur et le respect envers celui à qui on doit la vie. L'étranger qui facilite la soustraction frauduleuse qu'un domestique commet au préjudice de son maître, n'est pas seulement complice d'un simple vol, puisqu'il participe encore à un abus coupable de la confiance que nous sommes obligés d'accorder à ceux qui nous servent et qui habitent avec nous. Celui qui, par des promesses et par des dons, obtient d'un officier public la perpétration d'un faux en écriture authentique, n'est pas simplement complice d'une altération frauduleuse de la vérité constitutive du crime que l'article 147 du Code pénal punit de la peine des travaux forcés à temps; on a encore à lui imputer l'abus coupable de ses fonctions qu'il a déterminé l'officier public à commettre. On doit, dès lors, le condamner aux travaux forcés à perpétuité, par application des articles 146 et 56 de notre Code pénal.

Remarquons en effet que, dans ces divers cas, la complicité se réfère à des faits complexes qui enfreignent des préceptes divers, et qui reçoivent de la qualité dont est investie leur auteur, une criminalité spéciale.

On objecte, contre cette doctrine, que les qualités des personnes sont *incommunicables*. Cela est très-vrai, mais cela ne touche pas à la question, car il ne s'agit pas de communiquer une qualité à un complice; il s'agit de savoir si celui qui a participé à une double infraction ne doit être châtié que pour une seule; par exemple si celui qui a participé sciemment à un parricide n'est pas plus coupable que celui qui a fourni son concours pour un simple meurtre. La raison dit qu'il n'y a pas parité entre les deux cas, et l'analyse des faits démontre qu'il existe entre eux une notable différence. M. Bertauld a donc fait preuve de sagacité en s'écartant, sur cette grave question, des doctrines de la plupart des criminalistes, pour donner son adhésion à la jurisprudence[1].

[1] La loi romaine, qui avait établi une pénalité spéciale pour le parricide,

Digitized by Google

Nous avons achevé l'examen du *Cours de Code pénal* de M. Bertauld; mais il nous reste encore à parler d'un autre ouvrage qui complète son Cours, et qui a pour titre : *Leçons de législation criminelle, appendice au Cours de Code pénal*. Cet appendice contient six leçons que l'auteur n'avait pas comprises dans la première publication. La loi, l'infraction, la pénalité, l'agent et l'imputabilité, telles sont les quatre matières traitées dans le premier ouvrage du docte professeur. Pour compléter l'exposition des principes généraux du droit pénal, il y avait encore à s'occuper, dans une cinquième partie, des causes exclusives ou de la condamnation elle-même, ou de son exécution, ou de ses conséquences. C'est ce qu'a fait M. Bertauld dans cinq leçons qui forment un volume séparé, et qui ont pour objet *l'amnistie, la grâce, la réhabilitation, la prescription de l'action publique, la prescription de la peine*. L'abolition de la mort civile par la loi des 2-31 mai 1854 fait l'objet d'une sixième leçon. A sa suite viennent le texte de cette loi et celui de la loi des 3-30 mai de la même année, sur l'exécution de la peine des travaux forcés. L'auteur a placé, après ces deux textes, une note explicative de la dernière de ces lois, qui termine son livre.

Les limites de cette simple notice nous empêchent d'entrer dans les détails qui seraient nécessaires pour signaler tout ce que contient de remarquable ce second travail de M. Bertauld, dont certaines parties portent sur des lois nouvelles. En parlant de la grâce et de l'amnistie, l'auteur s'élève à de hautes considérations qui touchent au droit public, et présente, suivant sa méthode, des détails historiques pleins d'intérêt qui préparent l'examen des difficultés d'application que ces matières peuvent offrir. Il trace avec netteté et précision les caractères distinctifs

voulait que cette pénalité fût applicable aux complices. Il y a sur ce point un texte remarquable d'Ulpien dans le fragm. 6, *De lege Pompeiâ de parricidiis* : « Utrum qui occiderint parentes, an etiam *conscii* (les complices) pœnâ parricidii adficiantur, quæri potest? Et ait Marcianus etiam *conscios* eâdem pœnâ adficiendos, non solum parricidas, proindè conscii *etiam extranei* eâdem pœnâ adficiendi sunt. » — V. aussi les fragm. 2 et 7 du même titre, et le § 6 du titre 18, L. 4 des Institutes de Justinien.

L'ancienne législation française, qui avait établi la peine de la roue et du feu pour les parricides, voulait qu'on fît subir les mêmes supplices à ceux qui leur avaient donné conseil, aide et secours. — V. Lange, *Pratique crim.*, p. 16. — Muyart de Vouglans, *Lois criminelles*, p. 176.

Digitized by Google

de *la grâce* qui pardonne, de *l'amnistie* qui efface la criminalité légale des faits qu'elle voue à l'oubli par des considérations d'intérêt politique, de *la réhabilitation* qui restitue au condamné l'aptitude pour la jouissance et l'exercice des droits dont la privation était la conséquence de la condamnation prononcée par le jugement.

La leçon que M. Bertauld consacre à la *réhabilitation* offre un intérêt spécial, à raison des changements profonds que la loi du 3 juillet 1852 a introduits dans les dispositions du Code d'instruction criminelle relatives à cette matière. Cette loi est expliquée dans cette leçon, tant pour ce qui concerne les conditions et les formes de la réhabilitation que pour ce qui touche à ses effets.

Deux leçons embrassent ensuite *la prescription*, qui se rattache au fond du droit, qui aurait dû faire l'objet d'un titre spécial du Code pénal, et qui n'a été réglementée que par des dispositions peu nombreuses, incomplètes et obscures du Code d'instruction criminelle. Cette matière est hérissée de difficultés très-ardues. Elle a été le sujet de deux remarquables monographies publiées en Belgique, l'une par M. Cousturier, vice-président du tribunal de Tongres[1], l'autre par M. Van-Hoorebeke, professeur agrégé à l'université de Bruxelles[2]. M. Bertauld expose les bases sur lesquelles reposent les deux prescriptions de l'action et de la peine, et s'écarte sur ce point des doctrines émises par MM. Réal et Louvet devant le Corps législatif, et admises par la plupart des criminalistes de notre époque. En partant de ses idées sur le fondement de la pénalité, en n'assignant pour source au droit de punir que le besoin d'assurer le respect de la loi et de maintenir sa puissance, il ne fait reposer la prescription que sur l'*oubli présumé* de l'infraction *non jugée* qui dispense du jugement, que sur l'*oubli présumé de la condamnation* prononcée qui doit dispenser de son exécution. Ces données peuvent ne pas paraître suffisantes pour justifier une institution d'une aussi haute portée. M. Bertauld s'écarte encore sur un autre point de la doctrine reçue et consacrée par la jurisprudence; il enseigne que l'extinction de l'action publique par

[1] *Traité de la prescription en matière criminelle*, par L. J. Cousturier, vice-président du tribunal de Tongres. 1 vol. in-8, 1849.

[2] *Traité des prescriptions en matière pénale*, par Émile Van-Hoorebeke, avocat, professeur agrégé à l'université de Bruxelles. 1 vol. in-8, 1852.

Digitized by Google

la prescription laisse subsister l'action civile, qui peut encore être portée devant les tribunaux civils. Il n'admet pas que les prescriptions établies par les lois criminelles puissent opérer à la fois et par rapport à l'action publique et par rapport à l'action civile. Cette doctrine hardie, qui renouvelle une controverse des plus vives de l'ancien droit, et que nous ne pourrions accepter qu'en la modifiant au moyen de quelques distinctions, est développée dans les détails qu'elle comporte avec une habileté remarquable. On lit les livres de M. Bertauld avec intérêt et avec fruit, lors même qu'on ne partage pas complétement ses idées, parce qu'on y rencontre toujours une vaste science et une méthode qui facilite l'initiation à ce qu'il expose.

Quant à la sixième et dernière leçon, nous avons déjà dit qu'elle est consacrée à la loi des 2-31 mai 1854, qui a aboli la mort civile et qui l'a remplacée par la dégradation civique, par l'interdiction légale et par les incapacités de disposer et de recevoir à titre gratuit, dont elle frappe ceux qui sont condamnés à des peines afflictives perpétuelles. Cette loi soulève des difficultés très-graves d'application. M. Bertauld, qui l'a saisie au moment où elle venait d'être promulguée, a signalé, dans ses leçons, plusieurs de ces difficultés pour lesquelles il propose des solutions judicieuses. Ce sujet pouvait devenir l'objet d'un travail spécial; M. Bertauld vient de s'en occuper de nouveau dans un écrit récemment publié, dont nous nous proposons de rendre compte dans un article particulier [1].

La note explicative de la loi des 3-30 mai 1854 sur l'exécution de la peine des travaux forcés a aussi le mérite de la nouveauté du sujet, et complète heureusement l'œuvre de notre auteur.

On voit, par cette esquisse rapide, que les deux ouvrages de M. Bertauld embrassent seulement la première partie de notre droit pénal, celle qui comprend les dispositions qui font l'objet

[1] *Questions controversées sur la loi des 2-31 mai 1854 abolitive de la mort civile, groupées sous chaque article de cette loi, suivies d'études sur le sens de la règle :* LE JUGE DE L'ACTION EST LE JUGE DE L'EXCEPTION, *et d'une réponse à une dissertation de M. Faustin Hélie sur l'application de cette règle en matière criminelle.* 1857, in-8.

Questions et exceptions préjudicielles en matière criminelle, ou *De la compétence et de l'autorité des décisions du juge répressif dans les questions de droit civil que l'action publique soulève.* 1856, in-8.

Digitized by Google

des deux premiers livres de notre Code, du premier chapitre du livre IV pour ce qui concerne les contraventions, et de quelques articles, soit du Code pénal, soit du Code d'instruction criminelle, relatifs à des règles générales, et qui n'ont pas, dans l'ensemble de la codification, la place qu'ils devraient occuper. Espérons que le savant professeur achèvera une œuvre si bien commencée, en exécutant un semblable travail pour *la partie spéciale* de notre droit pénal. Si ses loisirs ne lui permettaient pas d'aborder cette vaste matière dans toute son étendue et dans ses détails, qu'il nous donne au moins, sur les sujets principaux qu'elle présente, quelques riches monographies semblables à celles qu'il a déjà publiées sur des matières de droit civil et sur les questions et exceptions préjudicielles en matière criminelle[1]. VICTOR MOLINIER.

ÉTUDES BIOGRAPHIQUES SUR L'ANCIENNE MAGISTRATURE FRANÇAISE,

Par C. A. SAPEY, docteur en droit, substitut du procureur général à la Cour impériale de Paris.

Guillaume Du Vair. — Antoine Le Maistre.

Compte rendu par M. COIN-DELISLE, avocat à la Cour impériale de Paris.

C'est une belle et grande idée qu'aurait conçue l'auteur des Vies de Du Vair et d'Antoine Le Maistre, que celle d'une *Histoire des Parlementaires* qui, sans séparer de la magistrature le barreau, ne suivrait pas seulement ses sujets sur le théâtre des affaires et au grand jour de l'audience, mais nous ferait encore pénétrer dans l'intérieur du foyer et de la famille, et assister aux délassements de ces antiques hommes de bien; « cette histoire serait, dit M. Sapey, celle de la grandeur et de la décadence de l'ancienne magistrature, jusqu'au jour où celle-ci, entraînée dans la ruine commune, a disparu avec l'état de choses auquel elle se rattachait. »

Mais, hélas! ce noble et grand édifice ne sera jamais con-

[1] *De l'hypothèque des femmes mariées sur les conquêts de la communauté.* 1852, in-8.

De la subrogation à l'hypothèque légale des femmes mariées. 1853, in-8.

Digitized by Google

struit par une seule main, si laborieuse, si forte et si patiente qu'elle puisse être. Les raisons en abondent : l'ouvrage même dont nous parlons en est la preuve. Quels travaux et combien de temps n'a-t-il pas fallu à M. Sapey, non pas pour écrire la vie de deux hommes si diversement illustres que Du Vair et qu'Antoine Le Maistre, et subissant tous deux le même joug, le joug du devoir; mais pour pénétrer dans leurs âmes, pour les connaître à fond et se mettre en état de nous faire vivre avec eux. Ce n'est pas seulement eux qu'il a fallu étudier, c'est encore leur siècle, les personnes qui les entouraient, celles avec qui ils étaient en rapport, les événements publics qui pesaient sur eux, les mœurs de chaque époque, les goûts littéraires du temps, le parallèle du sujet et des contemporains. En lisant l'œuvre de M. Sapey, on se fait une idée de ces travaux préparatoires, lectures spéciales, lectures varfées et fastidieuses, recherches dans les bibliothèques publiques, examen des correspondances contemporaines, etc., etc.; et quand toutes les recherches sont recueillies, que l'auteur s'en est nourri, les a, pour ainsi dire, converties en sa propre substance, qu'il s'est posé des questions sur les points douteux et qu'il en a trouvé la solution, à ces premiers travaux succède pour l'auteur l'embarras de choisir dans les richesses qu'il a amassées pour les mettre en œuvre et tout présenter au lecteur sous un jour vrai, et sous une unité de vue, affectée seulement des nuances de style qu'exige et fait naître la succession des événements divers de la vie du héros. — Il est donc impossible qu'une *Histoire des Parlementaires* comme l'entendrait M. Sapey soit jamais l'œuvre d'un seul homme. Ces études (ou ces essais, comme il les appelle modestement dans sa préface) ne peuvent être que les fruits du loisir que d'autres donneraient ordinairement au monde ou aux délassements de l'esprit, et j'estimerai le public heureux si, dans quelques années, il obtient un second volume semblable à l'*unité* bibliographique dont je parle.

Cette *Histoire des Parlementaires* ne pourrait pas être non plus une œuvre collective; tout en repousse la possibilité. Outre le défaut d'unité de vues et de pensée (et l'on doit l'exiger, même dans les écrits cycliques), il y aurait disparité dans l'exécution, disparité dans les sujets. — La Vie du magistrat, de l'avocat même qui se sera trouvé mêlé aux affaires publiques, attirera l'attention du lecteur. En sera-t-il de même de celle des

Digitized by Google

magistrats célèbres qui sont demeurés humblement utiles dans un siége subalterne, tels que Pothier et Domat? Parmi les avocats, la vie de Ricard est dans ses ouvrages; et je ne connais rien sur sa personne, sinon qu'il est né à Beauvais en 1622, mourut à Paris en 1678; que ses ouvrages ont produit après sa mort les célèbres ordonnances de 1735 et de 1747, ainsi que le titre *des Donations* dans notre Code civil, et que la *Biographie* de MM. Michaud n'a pas daigné le nommer. Peut-être la vie de Dumoulin attirerait-elle l'attention des lecteurs, parce qu'il a été malheureux; mais la vie de Cochin a quelque chose de trop normal pour plaire beaucoup. D'ailleurs le charme de la peinture des mœurs intérieures de ces familles anciennes, qui se fait si doucement sentir dans les biographies isolées, se changerait en monotonie dans des biographies successives. Les portraits des hommes d'un même siècle se ressembleraient par le costume. Ce serait un défaut capital dans cette riche galerie; un portrait ou deux admirés, on passerait froidement devant les autres.

Mais ce n'est pas de l'histoire des parlementaires, livre qui n'existe pas et qui ne se fera jamais, que je voulais parler.

Je voulais signaler à la *Revue* et aux lecteurs de la *Revue* les biographies de Guillaume Du Vair et d'Antoine Le Maistre, fruits des délassements d'un magistrat.

Deux ouvrages isolés, ayant chacun un but différent[1].

Dans Guillaume Du Vair, M. Sapey a peint « le magistrat qui » ne craint pas d'exposer sa tête aux tempêtes civiles; le prêtre » qui croit qu'on mérite le ciel en servant son pays; » le philosophe chrétien dont l'obscurité ferait le bonheur, mais qui se dévoue aux fonctions publiques par devoir; le sujet fidèle et dévoué qui dit la vérité, ne se plaint pas de la disgrâce, et sait obéir sans faste quand il est rappelé. Quelques notes justifient les points dans lesquels l'auteur discute les opinions des autres écrivains qui ont parlé de Du Vair, et un appendice contient, dans sa première partie, deux séries de lettres *inédites* de Du Vair à Henri IV, pendant que Du Vair était intendant

[1] Et dans sa préface et à la fin de la Vie de Le Maistre, l'auteur fait connaître le lien secret qui a réuni ces deux portraits. Dans l'un, il a voulu peindre le héros du devoir civil, dans l'autre le héros de la pénitence; en tous deux, la haute vertu civile et la profonde vertu religieuse des Parlementaires.

Digitized by Google

général de la justice, à Marseille, et pendant qu'il était premier président au Parlement de Provence. La seconde partie de cet appendice renferme un recueil de lettres et pièces diverses intéressant cette histoire et l'histoire générale. — Environ cent cinquante pages de documents.

L'étude sur Guillaume Du Vair est divisée en deux parties ; la première en contient la vie, la seconde est toute littéraire et philosophique. Elle considère Du Vair comme orateur et moraliste, comme philosophe et comme critique, comme écrivain profane et sacré. Elle ne revient pas sur ses écrits et sur ses discours politiques, parce qu'ils ont déjà été cités et appréciés dans l'histoire de sa vie, où les paroles font partie des actions.

Cette seconde partie pourrait être analysée ; mais j'aime mieux faire connaître ici ce que dit M. Sapey des anciennes traductions françaises, en parlant de celles de Du Vair :

« Le XVIe siècle est fécond en traductions ; c'était alors pour » la langue naissante l'exercice le plus salutaire, et cependant » c'était celui où elle devait le moins réussir. Les bonnes tra- » ductions sont les plus récents de tous nos bons ouvrages, et » une langue est digne d'être traduite longtemps avant d'être » capable de traduire. En vain la vivacité de notre vieux langage, » cette grâce naïve que rajeunit pour nous son antiquité même, » paraissent en harmonie avec la simplicité des anciens, avec » l'*innocence de diction* qui prête souvent un nouveau charme » au génie de la Grèce.

» De nos jours, un spirituel écrivain a prouvé, par d'inutiles » efforts, qu'on espérerait vainement de reproduire la majesté » poétique et simple d'Hérodote dans la langue d'Amyot.

» Amyot nous trompe : ce n'est pas un traducteur, c'est un » auteur original ; j'oserai presque dire que son mérite est de » faire oublier Plutarque et Longus, plutôt que de les faire con- » naître ; c'est là tout ensemble la gloire de l'auteur, le défaut » et le charme de l'ouvrage.

» Malherbe, dans ses traductions infidèles, a moins songé à » imiter ses modèles qu'à donner à ses contemporains des exem- » ples de beau langage.

» Les autres traducteurs de l'époque, les Dolet, les Pelletier, » les Desmazures, les Coeffeteau, les Baudoin, ceux même qui, » bien plus tard, ont marché sur leurs traces, n'ont laissé que » le souvenir d'une tentative impuissante.

Digitized by Google

» Du Vair, écrivant sous Henri IV, ne pouvait être plus heu-
» reux ; mais si ses traductions vantées par ses contemporains,
» et dans lesquelles le savant Huet admirait l'élévation et la
» dignité du langage, nous paraissent aujourd'hui bien impar-
» faites ; il faut reconnaître cependant que le plus souvent la
» langue rebelle manque au traducteur, plutôt que le traducteur
» à son modèle. Il faut reconnaître un véritable progrès, une
» fidélité, une élégance inaccoutumées, et la perfection relative
» d'un style qui étonnait Loysel. Que les amis des lettres, que
» ceux qui aiment à suivre les progrès de la langue et à lui voir
» dépouiller insensiblement sa première rudesse, pesent inter-
» roger ces pages condamnées à l'oubli, ils verront le sentiment
» des beautés du modèle se révéler sous l'effort même du tra-
» ducteur. En fait de traduction surtout, ce n'est jamais celui
» qui vient le premier qui mérite le prix, mais c'est toujours à
» lui que les vainqueurs devraient rapporter leurs couronnes. »

Quant à l'étude sur Antoine Le Maistre, j'écris en ce moment sous le charme d'une seconde lecture. J'oserai bien reprocher à M. Sapéy de n'avoir peut-être pas assez admiré Lemaistre comme avocat ; mais en même temps je reconnais que ce n'était pas là son but principal, et M. Sapey est inflexible sur la règle de l'unité de pensée. Sa pensée principale, son but, même lorsqu'il nous peint dans les deux premières parties la jeunesse d'Antoine Le Maistre, sa piété, ses qualités littéraires, ses triomphes au barreau, est de nous le montrer bientôt repentant de ses succès et de sa gloire, les expiant volontairement dans les travaux et dans les larmes de la pénitence et ne songeant qu'à se faire oublier. Son but est de prouver par les faits, que la conversion de Le Maistre était vraie et aussi humble qu'éclatante, de le suivre à Port-Royal et d'y reproduire cette vie extraordinaire dont il ne pouvait demander compte qu'aux opinions contemporaines, aux ruines et au silence. Son but était de nous faire connaître cette étonnante famille des Arnauld, dont tous les membres se trouvent réunis dans un même lieu de pénitence ; et cependant, dans ce grand travail, tout converge vers Le Maistre comme centre du récit. Ce but s'aperçoit dès les premières lignes :

« A la fin du XVIe siècle, plusieurs familles de robe avaient
» su s'attirer une considération que la noblesse d'église ou d'é-

Digitized by Google

» pée, plus opulente et plus illustre, aurait pu justement leur » envier. Parmi ces familles, aucune n'était plus respectée que » celle d'Antoine Arnauld, avocat au Parlement de Paris. Fidèle » à Dieu malgré la réforme, au roi malgré la ligue, oracle de la » magistrature par son éloquence, de la Cour et de la ville par » sa probité, homme politique par ses écrits, il avait succédé à » Pasquier dans la défense de l'Université et dans la haine des » jésuites; et le célèbre Marion, en le choisissant pour son » gendre, lui avait transmis en quelque sorte, par droit d'héri- » tage, le sceptre du barreau. De nobles alliances, une illustre » parenté ajoutaient à son crédit et rehaussaient son mérite. Ses » frères et ses neveux se signalaient dans les armées et dans la » faveur du prince; lui-même tenait à tous les ordres de l'État » par une profession qui plaçait dans sa clientèle les plus grandes » maisons, les plus saints monastères, les plus humbles particu- » liers. Peuple, clergé, noblesse, la famille Arnauld avait par- » tout ses racines; et son chef, revêtu de la simple robe d'avocat, » pouvait dédaigner la simarre de chancelier un moment pro- » mise à ses espérances. Homme du monde et chrétien, unissant » l'ambition et la piété, il sollicitait à la Cour des charges » pour son fils aîné; à Rome, des abbayes pour ses filles encore » enfants. Il marchait dans les voies du salut, sans se détourner » de celles de la fortune, et une égale vénération l'environnait, » soit que, jaloux des succès oratoires, il fît entendre dans la » grand'chambre une voix à laquelle Henri IV et le duc de » Savoie venaient applaudir, soit qu'avec recueillement il visitât » le désert de Port-Royal qui lui devait sa jeune et sainte ab- » besse, ou que, semblable à un patriarche, entouré de ses » enfants, il les conduisît sous les paisibles et riants ombrages » de ses jardins d'Andilly. — C'est dans cette famille éloquente » et chrétienne, c'est de la fille aînée d'Arnauld que naquit, le » 2 mai 1608, Antoine Le Maistre, enfant prédestiné, qui devait » croître pour le monde et pour la retraite, pour l'éloquence et » pour la religion. »

Je ne veux pas aller plus loin ni faire d'autres citations; je ne veux pas non plus juger le livre. Je n'ai point ici de juridiction : car, ni auteur ni libraire, personne n'a invité la *Revue* à en rendre compte. C'est *d'office* que je l'indique à nos lecteurs, qui forment un public d'élite. COIN-DELISLE.

Digitized by Google

EXAMEN DE LA JURISPRUDENCE

Du Conseil d'État et des Cours judiciaires

SUR LES LIMITES DE LA COMPÉTENCE DE L'AUTORITÉ ADMINISTRATIVE ET DE L'AUTORITÉ JUDICIAIRE, EN MATIÈRE DE TRAVAUX ET D'EXPROPRIATION PUBLICS.

Par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon, ancien bâtonnier.

Pour comprendre les principes de notre législation en cette matière et les variations de la jurisprudence du Conseil d'État et des Cours judiciaires sur les difficultés qui en sont nées, il faut parcourir la série des lois rendues depuis la révolution de 1789, et l'on verra que rien n'est plus simple, plus clair et plus rationnel que l'état de choses actuel, quoique le public juridique et administratif ignore, à peu d'exceptions près, l'ensemble des solutions et des règles sur les questions importantes que soulève la pratique de chaque jour.

La loi des 7-11 septembre 1790, complémentaire de celle des 16-24 août précédent *sur l'organisation judiciaire*, détermine les attributions des corps administratifs en matière contentieuse, et spécialement en ce qui concerne les travaux publics. Aux termes de son article 4, « les demandes et contestations » sur le règlement des indemnités dues aux particuliers, *à raison des terrains* PRIS *ou fouillés* pour la confection des chemins, canaux et autres ouvrages publics, seront portées de » même, par voie de conciliation, devant le directoire de district, et pourront l'être ensuite au directoire de département, » lequel les terminera en dernier ressort, *conformément à l'estimation qui en sera faite par le juge de paix et ses assesseurs.* »

Les mots *terrains pris* s'entendaient de l'enlèvement de la propriété par voie d'expropriation, et le mot *fouillés* comprenait les simples dommages pour prise de matériaux. En combinant ce texte avec celui de l'article suivant, on voit que l'autorité administrative connaissait de toutes les indemnités occasionnées par les travaux publics, depuis le simple dépôt de matériaux ou le passage momentané jusqu'à l'expropriation pleine et entière. Toutefois, l'autorité judiciaire, représentée par le juge de paix et ses assesseurs, intervenait pour faire l'estima-

Digitized by Google

tion, on ne voit pas trop en quelle qualité, si c'est comme experts ou comme juges.

Cette intervention de l'élément judiciaire a été supprimée par la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, qui a transporté aux conseils de préfecture les attributions des corps administratifs de département, sans aucun mélange d'élément judiciaire. La loi du 16 septembre 1807, espèce de Code des travaux publics sous un intitulé bizarre, *loi sur le desséchement des marais*, etc., confirme, par son article 57, les attributions des conseils de préfecture en matière de travaux publics et d'expropriation.

Dans cet état de la législation, nulle collision ni conflit ne pouvaient s'élever entre l'autorité administrative et l'autorité judiciaire sur la compétence en ces matières, puisque la première réunissait toutes les attributions et que la seconde n'en avait aucune.

Si cet ordre de choses avait le mérite de la clarté et de la simplification, il n'offrait aucune garantie à la propriété foncière, qui était tout entière à la merci de l'administration. En effet, c'était l'administration qui déclarait l'utilité des travaux à entreprendre, qui désignait les terrains et qui s'en emparait, nonobstant le principe écrit dans la Constitution du 3 septembre 1791 et dans l'article 545 C. Nap., sur la nécessité d'une juste et préalable indemnité.

Ces inconvénients ont été corrigés en principe par la loi du 8 mars 1810, qui ouvre une ère nouvelle pour les garanties accordées à la propriété immobilière. Pour connaître l'esprit de cette loi, il faut se reporter à la célèbre notice dictée par l'empereur Napoléon le 29 septembre 1809, et connue sous le nom de *notice de Schœnbrun*. V. dans Locré, *Législation sur les mines et les expropriations pour cause d'utilité publique*, p. 540 et suiv. On y lit notamment : « J'avoue que je ne m'accoutume » pas à voir l'arbitraire se glisser partout, et un si vaste État » avoir des magistrats sans qu'on puisse leur adresser des » plaintes. Je sais qu'on dira que cela entravera tout, mais je » sais que cela n'entravera rien et que cela empêchera d'énormes » abus..... » V. *ibid.*, p. 543.— « Voilà mes idées sur cette question, plus importante qu'on ne veut le croire, puisqu'en s'accoutumant à jouer avec la propriété, on la viole; et qu'il en » résulte des abus révoltants, qui mécontentent l'opinion publique. — Moyennant ces précautions, j'arrive à un premier

Digitized by Google

» principe qui devrait être dans le Code de procédure, s'il n'est » pas dans le Code civil; c'est qu'aucun citoyen ne peut être » exproprié que par un acte judiciaire. On acquiert la pro» priété par testament, par donation et par achat; tous ces actes » sont des actes judiciaires. On ne doit la perdre que par une » vente ou par une sentence qui soient également des actes ju» diciaires. » V. *ibid.*, p. 544.

A la suite de cette note, le Conseil d'État a été saisi d'un projet de loi sur l'expropriation pour cause d'utilité publique; et voici quelques fragments des opinions exprimées par l'Empereur, dans la séance du 16 novembre 1809, sur le principe de la loi : « NAPOLÉON dit que personne en France ne doit » être exproprié sans un jugement qui lui soit signifié, et » après avoir été entendu dans ses réclamations. Mais ce n'est » là qu'une observation incidente; *Napoléon* arrive au point où » l'on se divise..... Dans l'état actuel des choses, un simple of» ficier des ponts et chaussées est seul juge de la nécessité d'ex» proprier. Il a donc le pouvoir immense de prendre la propriété » de qui il lui plaît; et cependant, sous le rapport de la pro» priété, il faut que le citoyen ne dépende que de ses magis» trats. L'officier des ponts et chaussées n'est pas de ce nombre. » On ne doit pas mettre les citoyens dans la nécessité de le sol» liciter à se le rendre favorable par des courtoisies, peut-être » par des présents. — Que l'officier des ponts et chaussées rentre » donc dans le cercle des fonctions qui lui sont propres. Elles » consistent à dresser le plan des travaux, à en tracer la ligne, » à indiquer les fonds qu'il sera nécessaire de prendre, les édi» fices qu'il faudra abattre. Mais tout doit s'arrêter là; il ne con» vient pas de souffrir plus longtemps que l'expropriation s'opère » d'après la seule décision d'un ingénieur. Napoléon voudrait » que le plan arrêté en *jury*[1] formé sur les lieux, on déterminât » l'application après avoir entendu les propriétaires.....

» M. LE MINISTRE DE L'INTÉRIEUR dit que, si quelques déposses» sions ont été opérées d'après les seules décisions de l'ingé» nieur, ce n'est que par abus : elles ne doivent l'être qu'avec » l'attache du magistrat qui dirige les ponts et chaussées.

[1] Il ne s'agit pas ici du *jury civil* établi plus tard dans la loi du 7 juillet 1833 pour estimer l'indemnité, mais d'une commission administrative constituée au chef-lieu d'arrondissement pour donner son avis sur le tracé des travaux à entreprendre. V. loi du 3 mai 1841, art. 8.

Digitized by Google

» Napoléon dit que le mode qu'il propose est assurément pré-
» férable. D'un côté, il empêche les réclamations d'intervenir
» pendant le cours des travaux; de l'autre, il assure mieux la
» justice qui est due aux propriétaires. L'intervention du préfet
» n'est pas pour eux une véritable garantie, car le préfet se
» borne à viser; c'est réellement l'officier des ponts et chaus-
» sées qui décide, tandis qu'il ne devrait influer que comme
» homme de l'art. Et il ne faut pas croire que, dans cette ma-
» tière, les propositions d'un ingénieur ne puissent pas être ju-
» gées par ceux qui n'ont pas les mêmes connaissances que
» lui : il n'est besoin que des lumières communes pour recon-
» naître sur quels points la ligne des travaux doit passer. Nul
» obstacle donc à déposer entre les mains des magistrats le
» pouvoir immense dont les ingénieurs sont maintenant investis.

» Quand le jury a prononcé sur les propriétés qu'il est néces-
» saire de prendre pour exécuter les travaux, et que la décision
» a été visée par le préfet, elle est adressée au tribunal pour la
» rendre exécutoire. Là on écoute les réclamations, on les vé-
» rifie, et si elles paraissent fondées, le tribunal en rend compte
» au grand juge, qui fait un rapport au gouvernement.

» Le mode actuel ébranle toutes les propriétés, car ce ne sont
» pas seulement les ingénieurs des ponts et chaussées qui peu-
» vent à leur gré déposséder un propriétaire; après eux vient
» le génie, l'artillerie; enfin de tous côtés les droits des pro-
» priétaires sont violés. » V. Locré, *lieu cité*, p. 566.

« *M. le comte* Berlier dit que la volonté de Napoléon devant
» être exécutée, on ne voit pas bien quel sera l'office du tri-
» bunal, puisqu'il y aura un décret.

» Napoléon dit que le tribunal fera ce que fait la Cour de cas-
» sation : il jugera des formes, ce qui donne une très-forte ga-
» rantie. » V. Locré, p. 567.

De ces discussions, dans lesquelles Napoléon se montra si supérieur à ses ministres et à ses conseillers d'État, est sortie la loi du 8 mars 1810, dont voici quelques dispositions :

« Art. 1er. L'expropriation pour cause d'utilité publique s'o-
» père par autorité de justice.

» 2. Les tribunaux ne peuvent prononcer l'expropriation
» qu'autant que l'utilité en a été constatée dans les formes éta-
» blies par la loi.

» 3. Ces formes consistent : 1° dans le décret impérial qui

Digitized by Google

» seul peut ordonner des travaux publics ou achats de terrains » ou édifices destinés à des objets d'utilité publique ; — 2° dans » l'acte du préfet qui désigne les localités ou territoires, etc.

» 11. La commission et le préfet ne prendront aucune con- » naissance des difficultés qui ne porteraient que sur le prix du » fonds à céder. — Si les propriétaires et le préfet ne s'accor- » dent point à ce sujet, il y sera pourvu par les tribunaux, *qui* » *connaissent de même de toutes réclamations relatives à l'infrac-* » *tion des règles prescrites par le présent titre et le précédent.*

» 15. Si le tribunal prononce que les formes n'ont pas été » remplies, *il sera indéfiniment sursis à toutes exécutions jus-* » *qu'à ce qu'elles l'aient été;* et le procureur impérial, par l'in- » termédiaire du procureur général, en informera le grand juge, » *qui fera connaître à l'empereur l'atteinte portée à la propriété* » *par l'administration.* »

Ce système contient une exception à la règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, en plaçant la propriété foncière sous la sauvegarde des tribunaux ordinaires, appelés à contrôler les actes de l'administration et à vérifier si les formes préalables à l'expropriation publique ont été remplies; et, dans le cas contraire, à prononcer *un sursis indéfini à l'exécution des travaux, jusqu'à ce qu'elles l'aient été.* Ce système a passé tout entier dans la loi du 7 juillet 1833, remplacée par celle du 3 mai 1841, ainsi qu'on peut le voir en comparant le texte de ces lois avec celui de la loi du 8 mars 1810. Le changement capital introduit par la loi de 1833 est l'établissement du jury civil, élément judiciaire chargé d'estimer les indemnités dues aux expropriés. L'autorité judiciaire continue de remplir *l'office de Cour de cassation*, pour employer l'expression énergique de l'empereur Napoléon ci-dessus transcrite, à l'effet de vérifier si l'autorité administrative a rempli les formalités préalables au jugement d'expropriation. C'est ce qui résulte expressément de l'article 14, § 1, ainsi conçu : « Dans les trois » jours, *et sur la production des pièces constatant que les for-* » *malités prescrites par l'article* 2 *du titre* 1er *et par le titre* 2 » *de la présente loi ont été remplies*, le procureur du roi re- » quiert et le tribunal prononce l'expropriation pour cause d'u- » tilité publique des terrains ou bâtiments indiqués dans l'ar- » rêté du préfet. »

L'article 41 confirme cette opinion, en disant que le magistrat

Digitized by Google

directeur du jury *envoie l'administration en possession de la propriété*, à la charge par elle de se conformer aux dispositions des articles 53, 54 et suiv. — Que porte l'article 53? « Les in-» demnités réglées par le jury seront, *préalablement à la prise* » *de possession*, acquittées entre les mains des ayants droit. »

Enfin l'article 74 consacre de plus fort la garantie accordée par l'ensemble de la loi du 3 mai 1841 à la propriété. Après avoir organisé un mode particulier pour autoriser l'administration, dans les cas d'urgence déclarée, à prendre possession à la charge de la consignation préalable d'une somme fixée par les tribunaux, le législateur autorise soit l'administration, soit les propriétaires, à recourir au jury pour la fixation définitive de l'indemnité. Puis, prévoyant le cas où cette fixation serait supérieure à la somme consignée, l'article 74 décide que « le » supplément doit être consigné dans la quinzaine de la déci-» sion du jury, et, *à défaut*, le propriétaire *peut s'opposer à la* » *continuation des travaux.* »

Tels sont les textes importants à connaître pour la solution des difficultés considérables soulevées dans la pratique en matière de travaux et d'expropriation publics.

Avant de les aborder, nous dirons que la législation sur l'expropriation n'est pas la seule qui ait fait une exception à la règle sur la séparation des pouvoirs civil et judiciaire. Nos lois électorales contiennent une exception du même genre depuis la loi du 2 juillet 1828, qui a donné à l'autorité judiciaire le contentieux des listes électorales, pouvoir maintenu par le décret législatif du 2 février 1852, à titre de garantie au droit des électeurs et à la sincérité des listes électorales.

Cela posé, une première question qui a partagé longtemps le Conseil d'État et les Cours judiciaires, est de savoir si le conseil de préfecture doit connaître de tous les dommages, même permanents, autres que l'indemnité pour expropriation proprement dite. Le Conseil d'État a toujours adopté la solution affirmative; mais jusqu'à l'établissement du tribunal des conflits, la Cour de cassation et les Cours judiciaires s'attribuaient le jugement des dommages permanents. Le tribunal des conflits a donné gain de cause au Conseil d'État; et quand on réfléchit un seul instant, on ne comprend guère que ce point ait été si longtemps controversé dans la jurisprudence. En effet, par les lois des 28 pluviôse an VIII et 16 septembre 1807, les conseils

Digitized by Google

de préfecture avaient le droit de prononcer sur les indemnités pour toute espèce de dommages, jusques et y compris l'expropriation pleine et entière; les lois des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841, ne leur ont enlevé que l'indemnité pour expropriation des terrains et des bâtiments; donc ils conservent tout le reste. Ajoutez que la démarcation entre les dommages permanents et temporaires n'étant faite par aucun texte de loi, c'était créer une distinction tout à fait arbitraire et sujette à une infinité de difficultés dans l'application, et vous serez convaincu de l'excellence de la jurisprudence actuelle. V. en ce sens les décisions suivantes, soit du tribunal des conflits, soit du Conseil d'État : 29 mars 1850 (*Thomassin*); — *id.* (*Séjourné*); — 3 avril *id.* (*Mallez*); — 12 juin *id.* (*Grillot*); — 17 juillet *id.* (*Buisson*); — 18 novembre *id.* (*Papillon*); — 28 novembre *id.* (*héritiers Ser*); — 21 décembre *id.* (*Chevalier*); — 13 août 1851 (*héritiers Rouxel*); — 28 mai 1852 (*veuve Ramière*); — 15 mai 1855 (*veuve Ramière*); — 27 août 1857 (*Robot*).

En matière d'expropriation publique, quatre points principaux ont fait difficulté sous le rapport de la compétence judiciaire, dans le cas où l'administration ou ses ayants droit se seraient emparés des propriétés privées pour les incorporer dans le domaine public national, départemental ou communal, sans avoir rempli les formalités prescrites par les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841 :

1° Les tribunaux judiciaires sont-ils compétents pour ordonner la maintenue ou la réintégration, soit par voie possessoire, soit par voie pétitoire ou de référé, des propriétaires non régulièrement expropriés et indemnisés?

2° Sont-ils compétents pour prononcer sur les dommages causés, dans les mêmes conditions, à ces propriétaires par l'administration ou ses ayants droit?

3° Peuvent-ils ordonner la suspension ou la discontinuation de ces travaux indûment opérés?

4° Peuvent-ils en ordonner la destruction?

Sur le premier point, aucun dissentiment ne s'est élevé entre le Conseil d'État et les Cours judiciaires, et il a été admis que l'autorité judiciaire est compétente pour maintenir ou réintégrer les propriétaires illégalement troublés par les travaux administratifs supposant l'expropriation pour cause d'utilité pu-

Digitized by Google

blique. V. mon *Traité de la compétence administrative*, n° 613, et les arrêts cités *ibid.*

Vainement opposerait-on la règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, écrite en la loi des 16-24 août 1790, tit. 2, art. 13, et en celle du 16 fructidor an III. — La réponse est que les lois sur l'expropriation publique des 8 mars 1810, 7 juillet 1833 et 3 mai 1841, ont fait échec à ce principe, en plaçant la propriété foncière sous la sauvegarde de l'autorité judiciaire, quand il s'agit d'expropriation.

Il en serait autrement s'il s'agissait de simples dommages n'allant pas jusqu'à l'expropriation, parce que l'on reste sous l'empire des lois du 28 pluviôse an VIII, art. 4, et du 16 septembre 1857, art. 57.

Sur les deuxième et troisième points, le Conseil d'État a décidé pendant longtemps que les tribunaux judiciaires n'avaient pas le pouvoir de prononcer des dommages-intérêts au profit des propriétaires illégalement dépouillés par l'administration ou ses ayants droit, sans l'observation des formes prescrites par les lois des 7 juillet 1833 et 3 mai 1841.

Cette jurisprudence ancienne du Conseil d'État était essentiellement injuste et illogique. En effet, à quoi servait de reconnaître aux tribunaux le droit de statuer au fond sur les réclamations des propriétaires lésés, s'ils ne pouvaient rien prononcer ni quant aux dommages-intérêts, ni quant à la discontinuation des travaux illégalement opérés? Que l'on se figure par la pensée un propriétaire porteur d'un jugement qui l'aurait maintenu ou réintégré, mais sans avoir pu en rien statuer ni sur les dommages-intérêts, ni sur la discontinuation des travaux? Cette malheureuse victime serait l'objet des railleries des conducteurs, des entrepreneurs, des ouvriers qui, en dépit de ce propriétaire, continueraient leurs travaux, sans qu'il pût s'y opposer! Et le jugement du tribunal ou l'arrêt de la Cour serait-il assez méprisé? Ce mépris ne rejaillirait-il pas sur l'autorité qui aurait rendu ces décisions si dérisoires? Quand on donne du pouvoir à un individu ou à un corps, il faut lui donner les moyens de le faire respecter; autrement il vaudrait mille fois mieux ne donner aucune espèce d'autorité qu'une autorité qui ne peut attirer que du mépris. C'était donc réduire les tribunaux judiciaires à un pur rôle de soliveau que de leur dénier, dans le cas qui nous occupe, le pouvoir de prononcer des dommages-intérêts et

Digitized by Google

d'ordonner la discontinuation des travaux; c'était méconnaître complétement les vues supérieures de l'empereur Napoléon Ier, si énergiquement exprimées dans la note de Schœnbrun et dans les procès-verbaux du Conseil d'État, dont nous avons cité des extraits. Tous les inconvénients signalés se reproduiraient aujourd'hui avec une bien plus grande intensité, puisqu'aux sept cents ingénieurs environ qui s'occupent de travaux publics, il faut ajouter tous les agents voyers, dont la création ne remonte qu'à la loi du 21 mai 1836. L'expérience prouve que c'est particulièrement en matière d'*ouvertures* de chemins vicinaux que les formalités sont négligées, et que les propriétés sont exposées aux atteintes illégales de ces nombreux agents.

Le Conseil d'État l'a bien senti, et déjà, depuis longtemps, il admet que les tribunaux sont compétents pour prononcer sur l'action en dommages-intérêts des propriétaires illégalement dépouillés, soit par l'administration, soit par ses ayants cause. V. en ce sens 4 juillet 1845 (*Raguet*), 13 décembre 1845 (*Leloup*) et la notice très-judicieuse de l'arrêtiste au bas de ce dernier arrêt, t. XV, p. 354 du *Recueil* de M. Lebon, où ce revirement de jurisprudence est très-bien expliqué; V. aussi, dans ce même sens, 16 mars 1848 (*Pastoret*).

Quant au pouvoir d'ordonner la *discontinuation des travaux*, le Conseil d'État refusait toujours de le reconnaître à l'autorité judiciaire. Mais c'était là une inconséquence manifeste que je n'ai cessé de combattre, soit oralement, soit par écrit. V. mon *Traité du droit public français* (t. II, p. 444 et suiv.). Le Conseil d'État a répudié cette erreur par un arrêt sur conflit du 7 juillet 1853 (*Robin de la Grimaudière*), qui est très-net et très-formel en faveur de la compétence judiciaire, et dont voici le motif principal : « Considérant que l'administration ne pouvait faire » commencer les travaux sur les terrains compris dans le tracé » du chemin projeté, qu'après une cession amiable ou après » l'accomplissement des formalités prescrites par l'article 16 » de la loi du 21 mai 1836; que, dès lors, il appartenait à l'au- » torité judiciaire de prononcer sur la demande formée par le » sieur Robin de la Grimaudière, pour faire ordonner que les » travaux commencés sur sa propriété SERAIENT DISCONTINUÉS » *jusqu'au règlement et au payement de l'indemnité à laquelle il* » *avait droit.* »

Quoique cette décision sur conflit soit rendue en matière de

Digitized by Google

chemins vicinaux, il est certain que le principe qu'elle proclame doit servir de règle pour tous les cas d'expropriation publique, puisqu'il résulte de l'article 16 de la loi du 21 mai 1836, combiné avec l'article 12 de la loi du 3 mai 1841, que les principes généraux de cette dernière loi s'appliquent à l'ouverture des chemins vicinaux dans tous les points auxquels il n'est pas dérogé par l'article 16 précité. Cette solution est conforme à la jurisprudence des Cours judiciaires. V. notamment arrêt de Paris du 26 juin 1843, pour l'exécution duquel M. le procureur du roi mit à la disposition de M. de Saint-Albin toute la gendarmerie du département de la Seine, à l'effet de vaincre la résistance opposée par le génie militaire; arrêt rapporté dans M. Delalleau, t. II, p. 137, et dans M. Dufour, t. V, p. 497, 2e édit.; — Lyon, 19 mai 1857 : Devill., 58, 2, 310; — Dijon, 10 août 1858, encore inédit.

Quant au quatrième point litigieux, je veux dire le droit d'ordonner *la destruction des travaux* illégalement opérés au mépris des lois sur l'expropriation publique, le Conseil d'État persiste à refuser ce pouvoir aux tribunaux judiciaires. V. arrêt sur conflit du 25 mars 1852 (*Mathieu*). En droit strict et en bonne logique, je pense que cette solution n'est pas conforme aux textes et à l'esprit de la loi du 3 mai 1841; mais je conçois parfaitement que les motifs d'utilité administrative dont s'inspire le Conseil d'État, l'aient conduit à adopter cette solution. En effet, on sait la différence infinie qui existe entre la *simple suspension* et la *destruction* des travaux illégalement opérés. La suspension permet à l'administration de remplir les formalités et sauvegarde tous les intérêts, ceux de l'administration et ceux du propriétaire. La destruction, au contraire, pourrait anéantir en pure perte des travaux qu'il faudrait recommencer après les formalités accomplies. Ajoutons que l'article 15 de la loi du 8 mars 1810 et l'article 74 de celle du 3 mai 1841 ne mentionnent que le *sursis* ou la *discontinuation*, et vous comprendrez aisément que les solutions ci-dessus soient accueillies par la jurisprudence.

Cette distinction entre le droit d'ordonner la *discontinuation* et l'impossibilité, pour l'autorité judiciaire, de prononcer la *démolition* des travaux indûment opérés, a été très-énergiquement consacrée par les arrêts précités de la Cour impériale de Lyon du 19 mai 1857 et de celle de Dijon du 10 avril 1858.

Digitized by Google

En résumé, l'autorité judiciaire, dans les cas où l'expropriation nécessaire n'a pas été opérée légalement, est compétente : 1° pour maintenir ou réintégrer les propriétaires contre l'administration ou ses ayants droit ; 2° pour adjuger des dommages-intérêts ; 3° pour ordonner la discontinuation des travaux. Mais elle est incompétente pour ordonner la distinction ou la démolition des travaux. Voilà quelle est la jurisprudence actuelle ; elle est sage, et il faut s'y tenir.

Quand nous disons que l'autorité judiciaire est compétente dans les trois premiers cas, à l'exclusion de l'autorité administrative, il faut entendre cela de tous les corps ou magistrats judiciaires, selon l'étendue de la juridiction qui leur est attribuée dans le sens de l'ordre judiciaire, c'est-à-dire sous forme d'action possessoire, sous forme d'action pétitoire, ou enfin sous forme d'action en référé par application de l'article 806 du Code de procédure. C'est cette dernière forme, comme plus simple et plus expéditive, qui est préférée dans la pratique et qui doit être conseillée.

Ceci nous conduit à examiner une dernière question de compétence, sur laquelle sont intervenus quatre arrêts récents de Cours impériales, rapportés dans le recueil de M. Devilleneuve, 1858 ; 2e part., p. 305 et suiv. — Il s'agit de savoir quelle est l'autorité compétente pour statuer en référé dans les matières de travaux publics? Cette question, qui est l'objet de longues observations de la part de l'arrêtiste, me paraît devoir être résolue au moyen de la distinction suivante :

Toutes les fois que l'autorité judiciaire sera compétente pour statuer sur le fond d'une contestation se rattachant à des travaux publics, le président pourra, en cas d'urgence, prononcer en référé par application de l'article 806 du Code de procédure. — Il ne le pourra pas si le fond de sa contestation appartient à l'autorité administrative. Il a été fait une application très-judicieuse, selon moi, de cette distinction par les arrêts de la Cour impériale de Paris des 24 décembre 1857, 16 janvier et 11 juin 1858, et par l'arrêt de la Cour impériale de Lyon, du 19 mai 1857, rapportés dans le recueil cité, 1858, 2, 305, et par l'arrêt de la Cour de cassation, du 6 juillet 1847 ; Devill., 48, 1, 223.

La distinction posée ci-dessus se justifie par la grande règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, et

Digitized by Google

consacrée par les lois des 16-24 août 1790 et 16 fructidor an III. Il suffit de jeter les yeux sur le texte de cette dernière loi pour voir qu'elle ne distingue pas entre les décisions judiciaires, provisoires ou définitives : « Défenses itératives sont faites aux » tribunaux de connaître des actes d'administration, de quelque » espèce qu'ils soient, aux peines de droit. » Comprendrait-on, en présence d'un pareil texte, qu'un président de tribunal (qui n'est que le délégué, le représentant de son corps) pût, sous prétexte qu'il y aurait urgence, connaître des actes de l'administration soustraits à l'examen de l'autorité judiciaire? Ce serait le renversement de toutes les idées de logique. Est-ce que, d'ailleurs, une décision sur référé n'est pas susceptible d'être portée devant une Cour impériale et devant la Cour de cassation? Est-ce que la solution contraire n'aurait pas l'inconvénient d'empiéter sur l'autorité administrative, de lier les mains à cette autorité et de conduire à des tiraillements, à des luttes et à des décisions contradictoires entre les deux pouvoirs administratif et judiciaire?

Notre distinction étant justifiée, il faut en conclure que l'autorité judiciaire pourra statuer en référé : 1° dans les trois cas où, s'agissant d'expropriation publique nécessaire et non opérée, les tribunaux seraient compétents pour statuer sur le maintien des propriétaires, sur les dommages-intérêts et sur la discontinuation des travaux; 2° sur l'interprétation des décisions du jury civil, organisé par la loi du 3 mai 1841, par la raison que les tribunaux seraient compétents pour prononcer au fond sur cette interprétation. Le jury étant un corps judiciaire, puisque ses décisions aboutissent à la Cour de cassation, et ne siégeant pas d'une manière permanente, on ne peut recourir à lui pour avoir l'interprétation de ses actes, et il faut recourir au tribunal dont il tenait la place pour l'obtenir.

A l'inverse, le président du tribunal sera incompétent pour statuer en référé toutes les fois qu'il s'agira de contestations appartenant au conseil de préfecture, en vertu de la loi du 28 pluviôse an VIII, article 4, soit entre l'administration et les entrepreneurs de travaux publics sur l'exécution de leurs marchés, soit sur les réclamations de particuliers pour torts et dommages étrangers à l'expropriation proprement dite.

On objecte que les conseils de préfecture étant incompétents pour statuer en référé, il n'y aurait point de juges administratifs

Digitized by Google

pour prononcer sur les cas d'urgence qui peuvent se présenter dans ces matières.

Quand ce résultat serait parfaitement vrai, il faudrait l'accepter sans difficulté plutôt que de violer la règle sur la séparation des pouvoirs; mais il n'est pas exact pour plusieurs raisons : d'abord, les conseils de préfecture en corps peuvent être saisis dans les cas d'urgence; la seule chose refusée par la jurisprudence, c'est le droit, pour le président seul de ce conseil, de statuer en référé. En second lieu, il a été pourvu par les lois suivantes aux cas les plus urgents que la pratique a révélés :

La loi du 29 floréal an X, *sur les contraventions de grande voirie*, porte : « Art. 3. Les procès-verbaux sur les contraven- » tions seront adressés au sous-préfet, qui ordonnera *par pro- » vision*, et sauf le recours au préfet, *ce que de droit*, pour faire » cesser les dommages. »

Loi du 21 avril 1810 *sur les mines*, art. 50 : « Si l'exploita- » tion compromet la sûreté publique, la conservation des puits, » la solidité des travaux, la sûreté des ouvriers mineurs ou des » habitations de la surface, il y sera pourvu par le préfet, *ainsi » qu'il est pratiqué en matière de grande voirie;* » c'est-à-dire conformément à l'article 3 de la loi du 29 floréal an X, ci-dessus transcrit.

Loi du 15 juillet 1845 *sur la police des chemins de fer*, art. 15 : « L'administration pourra, d'ailleurs, *prendre toutes mesures » conservatoires* pour faire cesser le dommage, ainsi *qu'il est » procédé en matière de grande voirie;* » c'est-à-dire toujours d'après le même article 3 de la loi du 29 floréal an X, qui est le type des pouvoirs étendus à d'autres matières.

Décret (législatif) du 27 décembre 1851 *sur les lignes télégraphiques*, art. 12 : « L'administration *pourra prendre imméd- » iatement toutes les mesures provisoires* pour faire cesser les » dommages résultant des crimes, délits et contraventions, et » le recouvrement des frais qu'entraînera l'exécution de ses » mesures sera poursuivi administrativement; *le tout ainsi qu'il » est procédé en matière de grande voirie.* »

On voit par là que l'administration est armée de toutes pièces pour prononcer dans les cas les plus urgents, et que pour ceux non prévus, la porte du conseil de préfecture est toujours ouverte pour les matières de sa compétence. Il n'est donc pas

Digitized by Google

besoin de violer la règle sur la séparation des pouvoirs administratif et judiciaire, en portant les contestations purement administratives en référé devant les présidents des tribunaux civils. SERRIGNY.

DE L'IMPUTABILITÉ DU DÉLIT. — DES EXCUSES PÉREMPTOIRES.

Par M. J. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon.

SOMMAIRE.

1. Distinction entre le délit matériel et le délit formel.
2. Conséquences de la confusion de ces deux choses.
3. Conditions de l'imputabilité.
4. Deux genres d'excuses : les péremptoires et les atténuantes.
   a) L'âge,
   b) La démence,
   c) Le somnambulisme,
   d) L'ivresse,
   e) La contrainte physique et la contrainte morale,
   f) La défense de soi-même et d'autrui,
   g) L'accomplissement d'un devoir légal et même naturel,
   h) L'alibi,
   i) L'ignorance de la loi.
5. Degrés dans la plupart de ces faits justificatifs.

L'homme, et l'homme individuel seul, peut délinquer; mais tout acte matériellement préjudiciable n'est pas pour cela un délit.

Presque partout on distingue, quoique faiblement quand on ne les nomme pas encore de noms spéciaux, le délit matériel et le délit formel; c'est-à-dire le mal physique et le mal moral, le préjudice occasionné et l'intention de le commettre, le dommage pour celui qui l'endure et la méchanceté dans celui qui le cause.

Partout l'homme ne s'est reconnu coupable, tout en nuisant à l'homme, qu'autant qu'il voulait le mal; toujours il a distingué ses actes volontaires de ses mouvements fortuits. Mais il n'a pas toujours su ni voulu assez fermement appliquer la même distinction aux actes de ses semblables. Souvent des délits involontaires ont été punis comme s'ils avaient été voulus.

Digitized by Google

Celui qui tuait fortuitement un animal sacré était encore puni de mort chez les Égyptiens. Au Japon, le supplice du feu ou de la roue est réservé à l'homicide involontaire[1]. Ailleurs le crime purement matériel était encore regardé comme une souillure, comme une faute contre les dieux, sinon contre les hommes. Les anciens étaient profondément imbus de ce préjugé. OEdipe n'était coupable ni de parricide ni d'inceste, et pourtant il croyait l'être.

On a tellement confondu parfois l'homicide matériel avec l'homicide moral, que l'exécuteur des sentences criminelles, malgré la nécessité, l'utilité et la légalité de ses fonctions, était regardé comme impur. Des cérémonies religieuses étaient nécessaires pour le laver de cette tache. Chez les nègres d'Issini, cet état d'impureté horrible dure trois jours. Pendant cet intervalle l'exécuteur a le droit de courir en furieux et de prendre tout ce qui lui tombe sous la main. Ce qu'il touche est regardé comme aussi impur que lui-même, et personne n'en voudrait. Après la cérémonie de la purification, et par un juste retour au bon sens, les hommes qui ont eu la hardiesse ou la cupidité nécessaires pour encourir cette flétrissure momentanée, se glorifient le reste de leur vie des services qu'ils ont rendus[2].

Le bourreau n'est-il pas encore frappé d'une sorte de réprobation universelle chez les peuples les plus civilisés? Malgré Rousseau et de Maistre, l'opinion n'a pu lui rendre la pureté qu'il est censé avoir perdue, et qu'une cérémonie religieuse a le pouvoir de faire revivre chez des sauvages. Si les sauvages sont plus superstitieux, ne sont-ils pas aussi plus équitables?

A Rome, l'exécuteur se tenait hors des murs[3].

Pour qu'il y ait délit imputable, il faut donc, comme on l'a dit déjà, que l'agent soit une personne, que l'action soit réputée délictueuse par la conscience publique, ou, ce qui vaut mieux encore, par la loi. La loi n'est que l'organe de cette conscience; elle prévient l'arbitraire jusque dans les cas où il paraît le moins à craindre. De cette manière le délit prend un caractère légal nettement déterminé.

[1] Des Essarts, *Essai sur l'histoire des tribunaux*, v° *Japon*.
[2] *Hist. générale des voyages*, t. II, p. 443, 444.
[3] Plaute, *Pseudolus*, I, 3, v. 97. — Cicér., *pro Rab.*, V.

Digitized by Google

Il faut de plus que la personne, agissant avec volonté, soit suffisamment éclairée et suffisamment libre.

L'intelligence manque s'il n'y a pas discernement du bien et du mal moral, comme dans un âge trop tendre, dans l'imbécillité, ou dans l'idiotie, dans l'ivresse complète.

La liberté morale n'existe pas non plus s'il y a défaut d'intelligence, contrainte physique ou morale, nécessité de la défense, etc.

Ces principes sont faciles à poser, mais l'application présente de sérieuses difficultés, dans lesquelles nous devons éviter de nous engager.

Quoique les règles propres à diriger dans l'application ne puissent jamais être assez précises, et qu'elles soient par conséquent inutiles, la reconnaissance légale des principes n'en est pas moins précieuse. C'est au juge à étudier ensuite les faits avec soin et à prendre conseil de sa conscience.

Les jurisconsultes distinguent avec raison les excuses, quant au degré de leur vertu, en *péremptoires* ou justificatives, qui ôtent à l'action tout caractère de culpabilité, et en excuses qui ne font qu'*atténuer* la faute[1].

Ils distinguent de plus les excuses, quant à leur source ou à la nature de leur autorité, suivant qu'elles sont *légales* ou indiquées par la loi, ou qu'elles sont puisées dans l'intime persuasion du juge, dans sa conscience, excuses qu'on pourrait dès lors appeler *morales*.

Toutes les législations qui ont attaché quelque prix à la jus-

[1] Mais péremptoires ou non péremptoires, elles tiennent à ces trois circonstances :

1° L'intelligence de l'agent : — ignorance, erreur;

2° La volonté : — délibérée, spontanée.

3° Tout ce qui peut influer sur ces deux choses :

a) Sexe;

b) Age;

c) Condition;

d) État de santé ou de maladie du corps;

e) État de santé ou de maladie de l'esprit (colère, frayeur, émotion en général, ivresse, folie, imbécillité, manie);

f) Motifs de l'action;

g) Misère, aisance, richesse;

h) Provocation ou non provocation;

i) Théâtre du crime (lieu solitaire ou habité; enclos ou libre, domicile);

j) Qualité et état des personnes lésées (parents, bienfaiteurs, maîtres, do-

Digitized by Google

tice, qui en ont eu le sentiment réfléchi, se sont appliquées à déterminer des cas où le crime purement matériel ne devait pas être atteint ou devait l'être moins fortement.

I. C'est ainsi que la loi romaine distinguait un *âge* au-dessous duquel il n'y avait pas de culpabilité légale, et qu'elle ne reconnaissait qu'une culpabilité moindre passé cet âge jusqu'à celui de la majorité[1].

Si l'Aréopage punit de mort un enfant qui avait crevé les yeux à des cailles, il est permis de penser que des sentences de cette nature n'étaient pas souvent portées, et que l'Aréopage se fût à la longue aperçu, aussi bien que Quintilien qui en fait la réflexion, que cet acte de cruauté n'était cependant pas un indice nécessaire de la perversité future de cet enfant[2].

La loi des Douze Tables, malgré sa dureté, avait au moins vu dans la faiblesse de l'âge une raison d'adoucir les peines[3]. Le Digeste invite à la prendre en sérieuse considération[4]. L'empereur Frédéric II dit aussi que l'enfant, à cause de l'innocence propre à cet âge, ne peut être coupable de meurtre[5].

Les lois des peuples modernes ne pouvaient s'écarter de cette mansuétude obligée. Il en est une cependant qui se montre ici fort sévère, quoique généralement douce : la loi anglaise dans les délits punis de mort, se fiant à la maxime *malitia supplet ætatem*, frappe le coupable âgé de huit ans révolus[6]. Elle ne

mestiques, supérieurs, inférieurs, jeunes gens ou vieillards, malades ou enfants);

k) Temps (de jour, de nuit, en cas d'absence certaine);

l) Moyens qui ont servi à la perpétration du crime;

m) Manière dont il a été perpétré;

n) Habitude ou non habitude du crime;

o) Nombre, caractère et disposition actuelle des coupables;

p) Degré de perpétration;

q) Conséquences physiques, morales, privées, publiques du crime;

r) Degré de complicité (auteur principal, auteur secondaire, auteur accessoire).

[1] L. 3, D., *De injuriis*; *Instit. de obligat. quæ ex delict. nasc.*, etc.

[2] Quintilien, *Instit. orat.*, V, 9.

[3] Tab. II.

[4] Lib. XXI, tit. 1, l. 23, § 2; lib. XLVIII, tit. 10, l. 22; lib. XLIX, tit. 8, l. 12; lib. L, tit. 17, l. 108; Code, lib. IX, tit. 24, l. 1.

[5] *Constit. sicular.*, lib. I, tit. 13.

[6] Blackstone, II, § 1. — Au reste, la loi apporte souvent des distinctions qui mitigent cette rigueur de principe. Voir *Handbuch des englisch. Straf-*

Digitized by Google

le punissait autrefois que passé l'âge de douze ou même de quatorze ans. A la vérité elle laisse aux jurés la faculté de décider s'il y a complet discernement et intention vraiment coupable. Mais ces jurés peuvent ne pas user ou mal user de cette faculté. Pourquoi donc la leur accorder? Aussi a-t-on vu des enfants de neuf et dix ans condamnés à mort.

L'ancienne loi française ne voyait pas de coupables avant l'âge de dix ou onze ans, et ne punissait pas de la peine capitale ceux qui n'avaient pas atteint l'âge de puberté. Le Code actuel (art. 66-69) est encore plus indulgent et plus vrai.

C'est moins d'ailleurs par cette juste indulgence pour la faiblesse de l'âge que les législations modernes se distinguent des anciennes, qu'en étendant à tous les crimes le bénéfice qui en résulte. On n'admet plus d'une manièré aussi absolue que la méchanceté tient lieu des années. Cette supposition, qu'un grand crime matériel suppose toujours un grand criminel, a subsisté dans les législations modernes jusqu'au dernier siècle. Dès le XIIIe siècle cependant, la loi danoise n'avait pas vu de coupables au-dessous de quinze ans [1].

Du reste, suivant Jousse, les mineurs de vingt ans ne doivent pas non plus être punis aussi sévèrement que s'ils étaient ma-

rechts, etc., von HENR. J. STEPHEN, aus dem englisch. ubers, etc., von ERNST. MÜHRY. Goëtting., 1843, t. I, p. 7-8.

La loi tartare qui régit la Chine depuis la conquête de ce pays par les Mandchoux, est plus humaine en ce point que la plupart des législations chrétiennes. « Le coupable qui n'a pas plus de quinze ans ni moins de soixante-» dix, ou qui a perdu un œil ou un de ses membres, pourra se racheter » d'une peine qui n'est point capitale en payant l'amende établie (elle est si » peu considérable qu'elle est presque fictive).

» Le coupable qui n'a pas plus de dix ans ni moins de quatre-vingts, ou » qui est aveugle ou a perdu deux membres, sera recommandé particuliè-» rement à la commisération de Sa Majesté Impériale, pour la décision de » son sort lorsque le crime sera capital.

» Dans tous les cas où les personnes ayant les infirmités susdites auront » volé ou blessé quelqu'un, ce qui n'emporte pas une peine capitale, elles » s'affranchiront toujours de celle qu'elles ont méritée en payant l'amende » établie ; dans les cas d'une nature moins grave, elles ne seront nullement » inquiétées.

» Le coupable qui n'a pas plus de sept ans ni moins de quatre-vingt-dix, » ne subira de peine en aucun cas. (*Code pénal de la Chine*, traduit du chinois par G. Thom. STAUNTON, et mis en français par RENOUARD DE SAINTE-CROIX, t. I, p. 52-53.

[1] KOLDERUP-ROSENVINGE, *Grundriss*, etc., p. 222.

Digitized by Google

jeurs, *même dans les délits atroces*, surtout quant leur âge est peu au-dessus de l'âge de puberté [1]. Il invoque à l'appui de cette décision plusieurs lois romaines. Mais cette exception en faveur de l'impubère n'est pas complète, et les lois citées par Jousse prouvent plutôt contre sa thèse qu'en sa faveur [2]. Muyart de Vouglans prétend au contraire que les crimes atroces étaient punis chez les mineurs comme dans les criminels plus âgés, et il se fonde également sur une disposition du droit romain (l. 7, *Cod. de pœnis*) [3].

Quoi qu'il en soit, un fait est certain : c'est que les lois modernes sont plus indulgentes pour l'enfance, pour la jeunesse même, que les lois anciennes. Ainsi, tandis que la loi romaine ne voyait d'innocence légale que jusqu'à l'âge de sept ans, plusieurs lois modernes ont refusé de voir un coupable dans l'enfant au-dessous de dix ans et même de quatorze [4]. La loi russe elle-même est entrée dans cette voie [5].

D'autres améliorations que présentent les législations modernes à cet égard, c'est 1° d'avoir reculé l'âge jusqu'auquel la présomption légale est celle du défaut de discernement, d'avoir ainsi porté la présomption d'innocence de quatorze à seize et même à dix-huit ans; 2° d'avoir réduit la peine dont les mineurs de cet âge et au-dessous pouvaient être atteints. Déjà une ancienne loi espagnole faisait au juge une obligation de diminuer la peine due au crime d'un mineur de dix-sept ans [6].

La vieillesse avait aussi trouvé de la pitié chez les anciens,

[1] T. II, p. 617.

[2] V. l. 1, § *Impubes* D., *ad S. C. Silan;* l. *Excipiuntur*, D., *eod. tit.;* D., *De minorib. XXV ann.*, l. 1, *in princip.;* D., *De quæstionibus.*

[3] *Lois criminelles de France*, p. 27.

[4] *Code pénal général d'Autriche*, 1re part., art. 2, et 2e part., art. 4. — *Code du Brésil*, art. 10, 11. 13 et 18. — *Code de la Louisiane* (projet), art. 29 et 30.

[5] Elle reconnaît que les enfants au-dessous de dix ans ne sont passibles d'aucune peine, et que les crimes par eux commis ne doivent en rien préjudicier à leur avenir. Les enfants de dix à quatorze ans ne peuvent être condamnés ni aux travaux forcés, ni au knout, ni à la plecte (martinet) publiquement administrée. De quatorze à dix-sept ans, ils sont passibles des travaux forcés, mais ne subissent pas de peines corporelles infamantes. De onze à quinze ans ils encourent, pour délits de peu d'importance, les verges; de quinze à dix-sept, la plecte à la police (la correction). (*La Russie sous Nicolas Ier*, par M. Ivan Golovine, p. 404.)

[6] Gomez, *Tractatus de delictis*, I, 63, vers. *Sed hodie.*

Digitized by Google

et cette pitié était de la justice. Que le vieillard s'il est coupable soit puni, il le mérite assurément; mais il est des peines peu proportionnées à la faiblesse de ses forces, et qui seraient pour lui ou un supplice ou une peine capitale déguisée. Quant à la peine de mort, sans parler de ce qu'il y a de peu salutaire pour la morale publique à voir monter sur l'échafaud une tête décrépite ou couverte de quelques rares cheveux blancs, il faut convenir que les hommes de cet âge sont peu dangereux pour les sociétés, qu'ils ne doivent pas être longtemps à la charge de l'État, et que si la peine de mort doit se fonder aussi sur la nécessité de la défense et l'intérêt public, ces deux motifs sont ici peu puissants. En Chine l'extrême vieillesse est à l'abri du supplice, comme l'enfance. On fait plus, on épargne en sa faveur un fils criminel, toutes les fois que le pardon ne doit pas être trop préjudiciable à l'État[1].

Il y aurait beaucoup plus à faire encore. Il n'est pas douteux qu'un mineur de plus de seize ans révolus ne possède pas toute la liberté, toute la réflexion de l'âge mûr; il y aurait donc justice à ne pas le punir aussi sévèrement que l'homme fait, lors surtout qu'il s'agit de la peine de mort[2] ou de peines perpétuelles, ou de peines infamantes.

Ne serait-il pas juste aussi qu'il y eût des excuses légales en faveur des sourds-muets[3]? A la vérité, la faveur des circonstances atténuantes ne peut guère manquer aux uns et aux autres; mais il serait mieux que celle de la loi leur fût assurée[4]. La coutume anglo-normande regardait le sourd-muet comme irresponsable, moins peut-être parce qu'il était innocent que parce qu'il ne pouvait être entendu dans sa défense[5]. La même excuse n'existerait plus aujourd'hui, au même degré du moins, surtout pour les sourds-muets qui ont reçu le bienfait de

[1] *Mém. concernant les Chinois*, t. IV, p. 157.

[2] Déjà les Codes de *Parme*, des *États romains* et de *Naples* sont entrés dans cette voie.

[3] Le Code *suédois* l'excuse lorsqu'il n'a pas été capable d'apprécier l'illégalité de l'action.

[4] Voir sur la question de l'âge en droit pénal, un article remarquable de M. Ortolan, *Revue de législation et de jurisprudence*, 1843, t. I, p. 463. — Cf. art. 66-69, 70, 71 C. pén.

[5] Si quis mutus vel surdus natus sit, ut peccata sua confiteri nequeat nec inficiari, emendet pater scelera ipsius. Houard, *Traité sur les coutumes anglo-normandes*, etc., 4 vol. in-4°; Paris, 1766, t. I, p. 92. Lois d'Alfred.

Digitized by Google

l'instruction d'après les méthodes plus ou moins ingénieuses, inventées par le génie de la philanthropie.

II. La *démence* complète a toujours été regardée comme une excuse péremptoire. Mais si le principe est facile à reconnaître, l'application présente des questions de fait et même des questions de droit où l'erreur est très-possible.

On peut d'abord se laisser tromper : la démence peut être feinte, ou exagérée si elle est vraie.

Qu'entendra-t-on d'ailleurs par folie? Les hommes de l'art eux-mêmes ont-ils, à l'heure qu'il est, des idées assez nettes, des faits assez nombreux et assez bien constatés pour que le législateur et le juge puissent marcher avec certitude sur leurs traces? Je n'hésite pas à dire qu'il n'en est rien. Les observations et les raisonnements des médecins et des psychologues sur cette question sont loin d'être satisfaisants. La synonymie des mots destinés à caractériser les différentes maladies de l'esprit accuse déjà l'imperfection des classifications, et peut-être celle des observations et des raisonnements qui leur servent de base. Qu'on lise les travaux des deux Pinel, ceux de Georget, d'Esquirol, de Broussais, de Marc, etc., et l'on ne tardera pas à s'apercevoir que le flambeau de l'analyse intellectuelle n'a pas dissipé chez ces auteurs l'obscurité dont la question fondamentale est enveloppée. Y trouve-t-on, par exemple, des réponses satisfaisantes aux questions qui suivent et qui sont cependant essentielles dans la théorie? — La science de la perturbation des facultés ne suppose-t-elle pas une connaissance préalable de ces facultés dans l'état sain, et quelle est, à cet égard, la théorie de l'âme qui peut être regardée comme la vraie? — Jusqu'à quel point cette théorie brise-t-elle les rapports réguliers et sympathiques des facultés, et comment, dans l'application, remédier à cet inconvénient de l'étude analytique et de ses résultats? — N'y a-t-il pas une folie qu'on pourrait plus particulièrement appeler intellectuelle, et une autre qui mériterait plutôt le nom de morale, attendu que la première atteindrait moins la liberté que l'intelligence, et la seconde, au contraire, moins l'intelligence que la liberté? — Ne faudrait-il pas distinguer encore dans l'aliénation intellectuelle, suivant que ce sont les sens ou le jugement qui sont troublés ; suivant que cette perturbation consiste à ne donner aucun résultat intellectuel ou à ne donner qu'un résultat erroné?

Digitized by Google

— Ce résultat erroné ne peut-il pas être de deux sortes, suivant qu'il n'est que l'altération du vrai ou qu'il est purement chimérique? — Ne faudrait-il pas distinguer aussi l'aberration totale des fonctions intellectuelles, y compris ou non compris l'hallucination dans les perceptions visuelles ou auriculaires, et l'aberration partielle appelée monomanie? — A-t-on bien remarqué s'il n'y a pas des hallucinations relatives aux phénomènes internes comme il y en a par rapport aux phénomènes externes? — Toutes ces aberrations ne peuvent-elles pas varier en étendue comme en degrés, et quelle est la loi de leur formation et de leur développement? — L'intelligence morale, ou plutôt les notions de l'ordre moral, peuvent-elles être perverties toutes seules? — La liberté peut-elle être ravie sans que l'intelligence en souffre, surtout l'intelligence pratique morale? — Ne peut-elle pas l'être pour certains actes seulement, et jusqu'à quel point? — Ce défaut de liberté est-il imputable? — L'est-il toujours, et jusqu'à quel point?

Je pourrais étendre beaucoup les questions de ce genre; questions graves en médecine légale, et que la science n'est pas, il s'en faut bien, en état de résoudre.

Cette ignorance n'est-elle déjà pas une puissante raison de traiter avec ménagement le malheureux qui a perdu l'esprit ou la liberté, et quelquefois l'un et l'autre?

Il y a incontestablement des degrés, en étendue comme en profondeur, dans ces maladies intellectuelles et morales; mais qui les appréciera? Et la conscience du juge ne doit-elle pas fortement appréhender ici de s'égarer soit par trop d'indulgence, soit par trop de sévérité? Mais si le doute existe, n'est-ce pas déjà une raison de mettre plutôt l'erreur du côté de la clémence que du côté de la rigueur?

Quoi qu'il en soit, les jurisconsultes distinguent depuis longtemps, suivant que la folie a précédé le crime ou qu'elle l'a suivi [1].

Dans le premier cas ils distinguent encore, suivant que le crime a été perpétré dans l'état de folie ou dans un intervalle lucide.

Il est clair que si l'état de folie était habituel et notoire avant

[1] N'y aurait-il pas lieu de se demander encore si le crime ne serait pas l'effet d'un premier accès?

Digitized by Google

le délit, la présomption serait que le délit a été commis dans cet état, et que s'il n'y a pas de preuves contraires administrées par celui qui poursuit le délit, l'acquittement doit être déclaré, et qu'il n'y a lieu à l'application d'aucune peine, ni afflictive, ni infamante, ni pécuniaire.

S'il est, au contraire, reconnu que le délit a été commis dans un intervalle lucide, ne faut-il pas distinguer encore, suivant que les intervalles sont plus ou moins sains, plus ou moins rapprochés et plus ou moins longs, et que le délit est plus près ou plus éloigné du moment qui peut être regardé comme le degré le plus parfait de lucidité? N'y a-t-il pas lieu, en tout cas, d'admettre une atténuation dans la culpabilité et par conséquent dans la peine, surtout si les intervalles lucides ne sont ni très-fréquents ni très-longs?

Les monomanies présentent bien d'autres difficultés dans lesquelles nous n'avons, du reste, pas besoin de nous engager. Disons seulement qu'il ne faut pas les admettre légèrement [1]; qu'elles ne se présument point; qu'elles ne peuvent être établies que sur un grand nombre de faits moraux et autres qui concourent à montrer avec la dernière évidence la cécité morale de l'agent ou la fatalité de son action. L'origine morale de cet état, son degré de profondeur, doivent également être pesés; mais en supposant que l'individu atteint de cette affection morale ne fût pas exempt de reproche dans la manière dont il s'y est pour ainsi dire livré ou abandonné, peut-on le rendre complétement responsable d'actes qu'il n'aurait d'abord pas prévus, ou qu'il aurait prévus, mais qu'il aurait constamment cherché à éviter, jusqu'à ce que, emporté dans ses mouvements, à peu près comme l'hydrophobe, il exécute machinalement un acte dont l'idée fixe l'obsède, le tyrannise? Tel n'est point notre avis, alors même qu'à la fin l'horreur de cet acte aurait fini par disparaître, et que le désir en serait devenu frénétique. Cette frénésie même est une partie de la maladie.

La manie homicide peut bien être sans doute le résultat d'un désir coupable longtemps fomenté dans le secret de la conscience, et nul meurtre n'aurait alors été plus coupable dans le principe.

Mais faut-il punir les désirs, les actes intérieurs, occasion-

[1] V. sur ce sujet M. Élias Regnault, *De la compétence des médecins, etc.*

Digitized by Google

nels, éloignés, ou se borner à ceux qui sont médiatement (mais avec idée de la possibilité, de la probabilité même des actes) ou immédiatement voulus? Nous sommes de ce dernier avis, parce qu'on n'est responsable que de ce qu'on prévoit, de ce qu'on veut avec connaissance directement ou indirectement; parce que le contraire mettrait le législateur et le juge dans le danger imminent de faire entrer dans le droit la morale et une morale trop sévère; parce qu'enfin il y a quelque chose de trop inconnu aux hommes dans ces rapports des inclinations, des désirs, etc., avec les actions.

Ne faut-il pas tenir compte aussi d'une autre origine quelquefois possible de la manie homicide, par exemple, de l'infanticide? L'idée de tuer un enfant se présente à une mère; elle en est épouvantée et violemment affectée; elle la rejettera avec horreur : mais cette idée se représentera de nouveau; l'horreur sera la même; l'idée finira par devenir une obsession; l'imagination sera subjuguée; une sorte de fascination en sera la conséquence; la liberté disparaîtra presque complétement, et le meurtre sera consommé.

S'il y a là cause prochaine ou éloignée, n'y a-t-il pas aussi maladie, malheur à un très-haut degré? Et le *maximum* de la peine ne serait-il pas trop dur?

Que dire enfin du fanatisme? faut-il le punir comme si le jugement était sain? Nous ne le pensons pas; et cela, lors même que l'erreur serait imputable à beaucoup d'égards.

Les criminalistes distinguent encore les temps où la folie, postérieure au délit, vient à éclater. Est-ce avant l'instruction, pendant, après; avant le jugement, après le jugement? — On comprend toute l'importance de ces distinctions.

En général on ne peut punir qu'un coupable, et nul ne l'est qu'après jugement. D'un autre côté, il n'y a de jugement possible qu'après instruction, débats, et par conséquent défense. Si tous ces actes de la procédure criminelle ne peuvent pas avoir lieu, il n'y a pas de condamnation possible. Ils peuvent être suspendus et repris dans les intervalles lucides, cela est vrai; mais cela est rigoureux, et pas sans péril pour l'innocence ou la santé intellectuelle du prévenu ou de l'accusé. Le mieux, le plus humain et le plus sûr, serait donc d'attendre une complète guérison. Resterait à savoir quand elle serait censée l'être. C'est une présomption qu'il serait facile d'établir d'après la na-

Digitized by Google

ture et la marche ordinaire de la maladie. Les hommes de l'art pourraient d'ailleurs être consultés.

Si l'action publique ou la peine devait être prescrite, il n'y aurait pas même en cela dérogation aux principes, puisque le droit romain admettait avec raison que le fou est assez puni par sa folie même : *furiosus furore ipso punitur*.

Mais si le condamné a recouvré son bon sens avant la prescription de la peine, nul doute que la peine ne puisse être infligée, même la peine de mort. Il y aurait cependant de la rigueur à profiter d'un moment lucide pour infliger la peine capitale, et il y aurait de la barbarie à exécuter un homme en démence, comme le voulait Rousseau de la Combe pour le crime de lèse-majesté [1]. Quel effet moral attendrait-on d'ailleurs d'une semblable exécution? La pitié seule s'emparerait du public; ou, s'il devait être saisi d'un autre sentiment, l'indignation ne laisserait rien à faire à la terreur.

Les législations anciennes et les modernes ont eu pour la démence à peu près la même équité [2], mais l'humanité n'a pas été partout la même. De plus, on ne s'est pas toujours fait la même idée de la démence, particulièrement de cette démence partielle admise sous le nom de monomanie, démence que la science médicale de nos jours reconnaît, et qui est admise à faire valoir son droit dans la pratique judiciaire. La folie est donc mieux comprise maintenant qu'autrefois, malgré tout ce qui reste encore à connaître pour avoir complétement tiré le voile qui recouvre cette affliction.

A une époque où les peines étaient arbitraires, le juge, comme aujourd'hui le jury dans les pays où cette institution existe, pouvait apprécier toutes les circonstances propres à réduire la culpabilité, et par conséquent la folie.

Les anciens criminalistes avaient aussi voulu qu'en cas de doute la présomption fût en faveur de l'accusé [3]. Mais on était

[1] Et comme l'ordonna le sanguinaire Henri VIII, dont le statut fut d'ailleurs rapporté par les statuts 1 et 2 de Philippe et de Marie, c. 10. V. BLACKSTONE, *Code crim. d'Angl.*, t. I, p. 21.

[2] L. 3, § 1, D., *De injuriis et fam. lib.; constit. sicul.*, I, 13; — *Cod. pruss.*, art. 16 et 18; — *Cod. pén. d'Autr.*, art. 2, §§ 1, 2; — *Cod. ang.* — J. STEPHEN, *Summary of the crim. law*, c. 2, p. 8, t. I, édit. allem. — Les *Codes des États-Unis;* — *Code de Naples*, Des peines et des règles, art. 61; — *Cod. Brésil.*, tit. 1, art. 3; — *Cod. pén. fr.*, art. 64.

[3] FARINACIUS, *quæst* 98, n° 8.

Digitized by Google

loin de voir une affection mentale partout où elle existe réellement. La médecine moderne, par ses observations et ses analyses, tend donc très-manifestement à rendre l'appréciation des délits plus équitable, en faisant ressortir tous les jours davantage l'immense variété des aliénations, et leurs nombreux degrés [1].

III. Parmi les excuses péremptoires ou faits justificatifs, les anciens jurisconsultes plaçaient aussi le somnambulisme : *dormiens furioso æquiparatur* [2]. La loi romaine compare le fou à un homme qui est enseveli dans le sommeil [3]; mais comparait-elle le somnambule à l'homme en démence ou à celui qui dort d'un sommeil tranquille? C'est ce que nous ne voyons pas.

Charlemagne, dans ses capitulaires, a résolu la question affirmativement : le somnambule homicide n'encourait aucune irrégularité; il était assimilé à l'enfant et à l'homme en démence [4].

A la vérité, l'ancienne jurisprudence distinguait : si le somnambule connaissait son état, et qu'il ne se fût pas mis dans l'impossibilité d'exécuter un crime en se faisant surveiller, il en était responsable. Il l'était également s'il ratifiait son action criminelle dans l'état de veille. Cette seconde hypothèse ne souffre aucune difficulté. Mais la première n'est soutenable qu'exceptionnellement, c'est-à-dire pour le cas où le somnambule se croirait exposé au péril prochain de commettre un dé-

[1] V. les traités de médecine légale : Esquirol, Georget, Orfila, Guislain (Hollandais), Stade (Anglais). Sedillot, dans son *Manuel*, p. 97-119, regarde les passions violentes comme des états de folie. — Packbuschius, J. F., *De homicida delirante ejusque criteriis et poena*, Lips. 1723; Mittermaier, *De alienationibus mentis, oratio dicta Heidelbergæ*, 1825; Henke, dissertation insérée dans le journal (*Zeitschrift*); de Hitzig, n° 10, p. 394; Howitz, *Om afsindighed og tilzegnelse*, et *Bidrag til psycologiæ og retslaeren* dans le *Juridisk Tidskrift* d'Oersted, vol. VIII, n° 1, 1824; et surtout, Schlegel, l'*Encyclopédie du droit public*, en danois, où se trouve une dissertation sur ce sujet, p. 549, vol. de 1825. On trouve d'autres indications bibliographiques précieuses sur ce sujet comme sur toutes les parties du droit criminel, dans J. M. F. Birbaum, *De peculiari ætatis nostræ jus criminale reformandi studio*, etc. Lovan. 1828. Nous ne parlons pas des *Archives du droit criminel* (en allem.) de M. Mittermaier, ouvrage le plus riche en documents de ce genre, qui existe.

[2] Farin., *quæst.* 98, n° 70; Jul. Clar., *q.* 60, n° 13.

[3] L2., § 3, *De jure codic.*; l. 1, § 3, *De acq. vel amitt. possess.*

[4] *Cap. si furiosus.* Extr. *de homicid. vol. vel casu.*

Digitized by Google

lit, et où il pourrait prendre les précautions nécessaires pour s'en garantir. Mais outre qu'un somnambule n'est pas toujours un grand seigneur qui puisse avoir à côté de lui un valet de chambre pour épier tous ses mouvements et l'éveiller, ne peut-il pas arriver que le crime soit conçu et commis pendant l'état de somnambulisme, soit volontairement, soit par accident?

Or la volonté du somnambule est-elle imputable à l'homme éveillé? Telle est la question. Il semblerait, d'après les observations modernes sur l'état de somnambulisme, sur ses affinités avec le sommeil magnétique, que les phénomènes de l'état de veille et ceux de l'état de sommeil forment comme deux courants distincts, parallèles, qui peuvent être fort différents l'un de l'autre, et entre lesquels la mémoire n'établit point de liens, à la différence des rêves dans l'état de sommeil ordinaire. S'il en était ainsi, comme tout porte à le penser, on ne pourrait punir dans l'homme éveillé les crimes commis par le somnambule.

Mais on comprend aussi combien l'application d'un pareil principe est délicate, et combien il serait difficile de prouver qu'un criminel n'était pas dans l'état de somnambulisme. Quels témoignages invoquer? Ceux de la famille, des amis? Mais ils seront favorables ou nuls. Pourra-t-on d'ailleurs les invoquer à un autre titre qu'à celui de renseignements, et que déciderait-on sur des preuves aussi faibles?

Ce serait donc au prévenu de prouver qu'il était dans un état de somnambulisme. Il peut l'affirmer; mais comment le prouvera-t-il, à moins que la notoriété publique ne puisse établir qu'il est sujet à cette espèce d'infirmité? Mais encore, n'a-t-il pas pu concevoir et commettre son crime en simulant son état habituel?

On comprend, en présence de difficultés aussi sérieuses, 1° que le Code pénal français n'ait pas voulu établir une présomption en faveur du coupable à l'état de somnambulisme; 2° qu'il ait gardé à ce sujet un silence complet, puisque, en tout cas, le prévenu qui se prétend somnambule est tenu de prouver qu'il était dans cet état au moment où il a commis le crime.

En supposant encore qu'il n'y ait point de relation, en vertu de la mémoire, des états de somnambulisme aux états de veille, n'y en a-t-il pas d'autres qui tiennent des idées, des senti-

Digitized by Google

ments, des passions, et qui permettent de regarder le criminel somnambule comme participant aux sentiments qu'il éprouve dans l'état de veille, et par conséquent comme continuant jusqu'à un certain point cet état même? En d'autres termes, il est possible qu'on ne sache pas dans l'état de veille ce qui se passe dans l'état de somnambulisme; mais la réciprocité n'est pas probable : il est reconnu en psychologie que l'imagination, dans les songes en général même, n'invente aucune perception; qu'elle reproduit, modifie, combine seulement les perceptions de la veille. La vie intellectuelle du somnambule ne peut donc être encore que la vie intellectuelle du même homme à l'état de veille, avec des modifications plus ou moins considérables. Qui croira, par exemple, qu'un individu qui aurait un ennemi auquel il en voudrait à mort, serait aussi peu coupable s'il venait à le tuer dans l'état de somnambulisme que s'il ne l'avait jamais connu, que s'il en ignorait la demeure, etc.?

Tout ce qu'on pourrait dire à sa décharge, c'est qu'il n'a pas joui de toute sa liberté, et qu'il a droit à quelque indulgence.

IV. Montesquieu a très-bien remarqué que l'usage des boissons enivrantes n'est pas également impérieux ni également dangereux partout, et que si la loi punit l'ivrognerie, ou même l'ivresse volontaire, il y a des raisons pour que la peine varie avec les climats et les usages des pays.

Il y en a aussi pour qu'elle sévisse tantôt plus, tantôt moins sévèrement dans le même pays. On est plus répréhensible de s'enivrer si l'on peut compromettre dans cet état d'autres intérêts que les siens propres, surtout lorsqu'on a sollicité des fonctions qui rendent responsables à un plus haut degré de la gestion des affaires d'autrui. Il ne faut donc pas trop s'étonner si le plus léger soupçon d'intempérance était un obstacle suffisant à l'admission d'un archonte au sein de l'Aréopage, et si un autre archonte surpris en public dans un état d'ivresse fut condamné à mort[1]; mais la peine fut trop forte.

Toutefois, l'ivresse n'est qu'une faute contre la morale, et qu'une occasion proprement dite de délit plutôt qu'un délit par elle-même. Elle n'est donc passible tout au plus que d'une peine de simple police.

Les anciens jurisconsultes n'étaient pas d'accord sur la ques-

[1] ATHEN., lib. XIV; *Ib.*, X; PLUTARQUE, *Vie de Solon.*

Digitized by Google

tion de savoir si l'ivresse devait excuser ou ne pas excuser. Des philosophes mêmes, tels qu'Aristote, précédé en cela par Pittacus, roi de Corinthe, et suivi des législateurs et des criminalistes modernes, sont allés juqu'à dire qu'il y avait une double culpabilité dans le délit commis en état d'ivresse : le tort de s'être mis dans cet état, celui par conséquent d'avoir voulu implicitement l'acte coupable qui en a été la suite, et le tort de l'avoir réellement commis.

C'est là une décision qui ne serait pas même juste au point de vue purement moral; il est certain que celui qui s'enivre sans avoir l'intention de commettre un crime, et qui a cependant le malheur de le faire après avoir perdu le sens, est à peine coupable de s'y être exposé sans l'avoir prévu ni voulu; autrement il faudrait punir l'ivresse de tous les crimes possibles commis dans cet état.

La loi romaine, qui voyait dans l'ivresse une circonstance atténuante [1], était donc plus raisonnable que l'édit de Charles-Quint [2], qui punissait le délit d'un homme pris de vin à double titre, comme le voulaient Aristote et Balde.

François Ier fut aussi très-sévère contre l'ivresse [3], en décidant que si quelqu'un commet un crime dans cet état, il sera puni de la peine due au délit, et de plus, pour raison de l'ivresse, à l'arbitrage [4] du juge [5].

Suivant cette même ordonnance, l'ivresse qui n'était suivie d'aucun autre délit était punie pour elle-même, non plus alors à l'arbitrage du juge, mais de peines déterminées par l'ordonnance [6].

[1] L. 6, § *Qui se vulner.*, D., *De re militari;* L. 2, D., *De pœnis;* L. 12, Cod., *De custod. et exh. reor.*

[2] An 1531; Damhouderius, *Prat. crim.*, c. 84, n° 20.

[3] Ord. du 31 août 1536, c. 3, art. 1.

[4] A l'imitation des criminalités du XVIIe et du XVIIIe siècle, on pourrait conserver au mot *arbitrage* le sens d'estimation consciencieuse ou de pouvoir discrétionnaire du juge, alors même qu'il n'est pas question de prononcer entre des intérêts opposés ou en matière de police. Le mot *arbitraire* est peu propre à rendre cette idée.

[5] Filangieri, qui est loin d'être cruel, veut aussi que le crime commis dans l'ivresse soit doublement puni, liv. III, part. 5, c. 13, *Scienza della legisl.*

[6] « Quiconque sera trouvé yvre soit incontinent constitué et retenu prisonnier au pain sec et à l'eau pour la première fois; et si secondement il est repris, sera, outre ce que devant, battu de verges ou fouet par la prison, et

Digitized by Google

En Angleterre, l'ivresse est frappée de l'amende; s'il y a délit commis dans cet état, le crime n'en est qu'aggravé. Un homme ivre, dit Ed. Coke, est un démon volontaire qui est responsable de tout le mal qu'il peut faire dans la chaleur du vin[1].

La loi romaine était donc plus sage que ces lois modernes. Aussi y est-on revenu. Le Code autrichien décide que « nulle action ou omission ne constitue un délit..... quand l'auteur est en état de pleine ivresse, à moins qu'il ne s'y soit mis dans l'intention directe de commettre le délit, ou s'il est en proie à d'autres perturbations des sens pendant lesquelles il n'est pas maître de son action[2]. »

Cette exception, prévue déjà par les anciens jurisconsultes, me semble peu rationnelle dans la manière de la concevoir : on suppose, d'une part, que l'ivresse est complète, et, d'autre part, que la présence d'esprit est assez grande pour que le projet conçu avant l'ivresse persiste dans l'esprit et soit suivi d'exécution. L'hypothèse ne serait pas quelque peu contradictoire, que l'exception nous paraîtrait assez mal fondée, par la raison que l'homme qui n'en est encore qu'à s'enivrer, et qui veut le faire au point de perdre la raison, ne fait que concevoir et préparer un crime; il n'en commence pas encore l'exécution. De plus, il s'y prépare de manière à l'oublier ou à le manquer, de manière à ne pas l'exécuter. Si donc il y a ivresse *volontaire* et *complète*, et que le crime ait lieu, qu'il soit consommé, ou manqué, ou interrompu, l'auteur d'un pareil attentat ou d'un pareil crime ne devrait encore être puni, si d'ailleurs il pouvait l'être à ce titre, que comme ayant conçu et préparé le crime.

la tierce fois fustigé publiquement; et s'il est incorrigible, il sera puni d'amputation d'aureille, d'infamie et de bannissement de sa personne. Et si est par après commandé aux juges, chacun en son territoire et distreict d'y regarder diligemment. » V. *Théor. du Code pén.*, t. I, p. 514, par MM. Chauveau et Hélie.

[1] *Code crim. d'Angl.*, Blackst., t. I, p. 22; J. Steph., *Summary of the criminal Law*, 1834, t. I, p. 10, de la traduct. allem. que nous suivrons. L'ivresse est punie d'une amende par la loi suédoise, *Rev. de législ.* de M. Fœlix, t. I, p. 334. Elle l'est également, et d'une amende assez forte, dans les cantons d'Uri et d'Underwald. On y punit aussi de la même peine ceux qui engagent d'autres à boire avec excès, et les aubergistes où l'on s'est enivré, *ib.* II, 90. En Russie, celui qui est surpris en état d'ivresse est condamné à l'amende et à balayer les rues (Ivan Golovine, *La Russie sous Nicolas Ier*).

[2] *Code autr.*, part. I, sect. 1, ch. 1, art. 2, traduct. de M. Foucher.

Digitized by Google

S'il a fait quelque chose de plus, on reconnaît, par l'hypothèse, que c'est dans un état de complète ivresse; il n'y a donc pas délit intentionnel en ce cas, mais simplement délit matériel.

Reconnaissons que les criminels qui s'enivrent avant de commettre un attentat, le font bien plus pour s'enhardir et s'étourdir sur le danger, pour se prévaloir plus tard de leur état comme d'une excuse, que pour se mettre dans l'impossibilité d'exécuter leur dessein. Ils auraient tout à perdre à pousser trop loin leur état d'ivresse, puisqu'ils s'exposeraient sans chances de succès ni de salut. Ils n'auraient, au contraire, rien de mieux à faire s'ils voulaient se distraire de l'idée de la tentation du crime; ce serait un moyen de se mettre hors d'état de l'entreprendre, d'y penser même.

Si l'ivresse n'est pas complète, si elle n'est portée qu'au degré suffisant pour donner le courage et les forces nécessaires pour échapper à la faiblesse ou à l'émotion qui accompagnerait l'état ordinaire, alors seulement l'exception présente un sens; alors le coupable est passible de toute la peine si d'autres circonstances ne militent pas en sa faveur. Alors encore, Aristote[1], Quintilien[2], les lois de Charles-Quint, de François Ier, les statuts de l'Angleterre, le Code pénal autrichien dans son exception et celui de la Géorgie ont raison, en ce sens seulement que la peine doit être la même que si l'ivresse volontaire n'eût pas eu lieu; mais ont tort ceux qui veulent que cette peine soit plus forte, ou qui ne veulent appliquer la même peine que pour les délits atroces[3].

Ceux qui tiennent pour cette dernière distinction s'écartent encore du vrai lorsque l'ivresse est involontaire et incomplète, surtout lorsqu'elle est occasionnée accidentellement, par surprise[4], et qu'elle est même exploitée dans un but coupable. Il est clair qu'alors les circonstances atténuent la faute. Et cette atténuation est indépendante de la nature du crime; elle tient uniquement à l'état de l'agent, quoi qu'il puisse faire d'ailleurs.

L'ivresse ne peut donc être un motif d'excuse que dans les cas où elle serait volontaire ou complète; dans le cas où, sans être complète, elle aura été volontaire encore, mais sans pré-

[1] *Ethic.*, I, 34.
[2] *Inst. or.*, VII, 1.
[3] Muy. de Vougl., p. 15.
[4] Comme l'a prévu le *Code de Géorgie*, 1re div., sect. 9.

Digitized by Google

méditation du crime commis. S'il y a habitude du crime dans l'état d'ivresse, cet état volontaire est moins excusable, si toutefois l'habitude même des spiritueux, la tyrannie de cette habitude, la perte progressive de la force intellectuelle nécessaire pour y résister, ne forment pas une compensation suffisante avec ce qu'il y a d'aggravant dans cette circonstance.

Quoi qu'il en soit, le Code brésilien veut, pour qu'il y ait circonstance atténuante dans l'ivresse, « 1° que le délinquant n'ait pas, avant de s'être mis en cet état, formé le projet du crime; 2° qu'il ne s'y soit pas mis pour s'animer dans la perpétration du crime; 3° que, plongé dans l'ivresse, il n'ait pas l'habitude de commettre des crimes [1]. »

Il est des positions où l'ivresse peut être regardée comme une contravention, à cause des dangers auxquels elle expose, par exemple chez les marins. Des lois spéciales peuvent donc punir justement l'ivresse dans les cas prévus, comme l'a fait la loi française du 22 août 1790 [2].

Le fait de l'ivresse, la manière dont elle a été occasionnée, son degré, son influence, tout cela rentre dans l'appréciation des faits.

Mais c'est à celui qui allègue l'ivresse, comme dans toutes les autres excuses, à la prouver. Il n'y a d'exception que pour les cas où la présomption naturelle est contraire, par exemple s'il s'agit d'un crime commis par un homme notoirement connu pour aliéné.

V. La *contrainte* physique, qui fait de notre corps, de nos membres, malgré tous les efforts de résistance dont nous sommes capables, un instrument de délit, nous met à l'abri de toute responsabilité; il n'y a pas d'action libre de notre part. Nous avons, au contraire, employé toutes nos forces à prévenir le délit; nous ne sommes donc pas plus coupables en ce cas que celui qui cherche à l'empêcher sans en être l'instrument.

Mais il est rare qu'un malfaiteur se serve ainsi d'un bras étranger pour commettre un crime : ce serait de la force dépensée en pure perte, une chance d'insuccès et de châtiment de plus.

La contrainte morale est beaucoup plus ordinaire; elle

[1] Trad. de M. Foucher, p. 12.
[2] Art. 18.

Digitized by Google

s'exerce sur la volonté par la crainte, l'autorité ou le respect, par l'imminence d'un grand péril. De là ce qu'on appelle *jus necessitatis.*

En morale, on reconnaît que la crainte, si grande qu'elle puisse être, n'est pas un motif suffisant pour faire le mal. Il faut convenir que le droit strict n'a pas un autre principe, et que l'injustice ne perd rien de son caractère pour avoir été commise sous l'empire d'un grand et puissant danger.

Toutefois, les législateurs, prenant en considération la faiblesse de la plupart des hommes, ont été généralement d'avis que si la crainte est de nature à ébranler un grand courage, s'il s'agit d'échapper par un délit à un grand mal physique ou moral, comme à la perte de la vie, de la liberté, d'un membre, à celle de l'honneur et quelquefois des biens, il peut y avoir excuse complète ou partielle. Mais il faut que le péril soit en outre très-pressant, qu'il ne puisse être évité d'aucune manière légitime, soit en y opposant la résistance personnelle, soit en invoquant l'appui d'une force étrangère, soit en différant l'exécution [1].

S'il s'agissait de commettre un meurtre commandé sous peine de la vie, mieux vaudrait déjà, toutes choses d'ailleurs égales, frapper celui qui imposerait un pareil crime que de porter une main homicide sur un innocent [2], à moins que celui qui commande le crime ne soit un personnage d'une très-grande utilité pour l'État.

C'est à celui qui allègue la contrainte à la prouver. Néanmoins il peut n'avoir aucun témoignage à produire. Dans ce cas, les juges doivent examiner attentivement les faits et voir si des présomptions suffisantes ne permettent pas d'user d'indulgence. L'ordonnance de Charles-Quint, article 143, trace à cet égard des règles fort sages [3].

Notre ancienne jurisprudence n'admettait pas en principe d'excuse péremptoire tirée de la contrainte en cas d'homicide;

[1] L. 184, D., *De reg. jur.;* L. 5, D., *Quod metus causa gest.;* L. 6, *eod. tit.;* L. 13, C., *De transact.;* L. *Si quis,* 49, § *fin.,* D., *ad. leg. Aq.;* L. 9, C., *De his quæ vi, metu,* etc.; L. 45, § 4, D., *ad. leg. Aq.;* L. 4, § 1; L. 5, D. *ad. leg. Aq.;* L. *Scientiam,* 45, § *penult. ad. leg. Aq.;* L. 4, D., *De vi et vi armata.*

[2] C'est aussi l'avis de Blackstone, *Comm.,* t. I, p. 25.

[3] V. Muy. de Vougl., p. 33.

Digitized by Google

mais si la contrainte était suffisamment établie, et qu'elle eût d'ailleurs les caractères voulus pour excuser, le prince accordait des lettres de grâce[1].

Notre Code pénal ne prend pas ce détour; la contrainte est une excuse péremptoire[2].

La plupart des législations modernes ne sont pas moins positives à cet égard[3]; elles indiquent les circonstances qui donnent à la contrainte le caractère d'excuse légale. — Il est juste de ne pas s'en tenir au point du vue absolu ou abstrait, qui paraît avoir été le seul des anciennes lois. Il faut aussi faire la part du sexe, du caractère, en un mot des dispositions particulières du sujet soumis à la crainte. On peut donc justement regarder l'article 1112, alinéa 2 du Code Napoléon, comme une explication de l'article 64 du Code pénal français.

On doit aussi comparer la nature du délit commis, son degré de mal, avec la nature et le degré du mal que l'agent a voulu éviter. Cette comparaison est très-importante. Elle a pu conduire l'agent à l'idée, et peut-être à l'intention de réparer facilement un plus petit mal pour en éviter un plus grand. Elle peut aussi donner au délit un caractère extraordinaire de gravité, par exemple si sous le prétexte qu'un gentilhomme ou un militaire ne peut prendre la fuite sans se déshonorer, l'un et l'autre étaient plus excusables de céder à une sorte de crainte en devenant criminels, que d'en braver une autre pour échapper au péril en restant innocents. Nous ne pouvons donc accepter l'avis d'un ancien criminaliste sur cette alternative[4] : Si l'on voulait rendre le militaire et le gentilhomme esclaves d'un devoir, il eût été mieux de les soumettre à la justice au péril de leur vie propre, qu'à l'opinion au péril de la vie d'autrui.

Les nécessités et les devoirs du service militaire ont fait demander si le soldat ne devait pas exécuter passivement, aveuglément, les ordres de son chef, quels qu'ils pussent être, sauf à faire retomber sur celui-ci toute la responsabilité légale et morale.

Il y a une sorte de fanatisme à prétendre que le principe de l'obéissance hiérarchique ne peut jamais avoir d'exception. Il

[1] *Ib.*, p. 84. V. aussi Jousse, t. II, p. 625-627.
[2] Art. 64.
[3] Telles sont les lois de l'Angleterre, de l'Autriche, des États-Unis.
[4] Muy. de Vougl., p. 33.

Digitized by Google

est des cas si évidemment immoraux ou injustes, que l'ordre, fût-il donné par un ange, devrait plutôt passer pour un rêve ou une hallucination que d'entraîner au mépris de la conscience. Un chef militaire peut d'ailleurs sortir de ses attributions, s'écarter à un tel point de la ligne de ses devoirs qu'il soit manifestement ou un insensé, ou un scélérat, ou un traître. Il y a donc une limite à l'obéissance militaire la plus absolue : c'est celle qui entraînerait une infraction évidente à la loi, que l'autorité militaire a mission de faire respecter en s'y soumettant elle-même d'une manière exemplaire. La décision de Grotius, de Benjamin Constant, de Rossi et autres, qui ne veulent point d'obéissance passive sans exception, nous semble donc préférable à celle de saint Augustin, qui soutient le contraire [1].

Il faut décider la même chose, et à plus forte raison, à cause de la supériorité des lumières dans les inférieurs et d'un degré d'obéissance moins nécessaire, dans les rapports de l'autorité civile ou religieuse avec les subordonnés [2].

Cependant, comme la loi ne peut ni conspirer ni délirer, et comme il importe encore plus qu'elle ne puisse être jugée par les citoyens que par les magistrats, nul ne peut être coupable *juridiquement* en faisant ce qu'elle ordonne. Il n'en est pas de même au point de vue moral. Toutefois, l'immoralité de la loi ne se présume pas; c'est le contraire.

Les ordonnances des princes qui ne possèdent pas à eux seuls le pouvoir législatif, les arrêtés administratifs, les jugements des tribunaux doivent aussi être présumés moralement justes, et l'on doit être juridiquement irrépréhensible en s'y soumettant.

Plus l'autorité descend, plus elle s'affaiblit, parce qu'en descendant elle est exposée à perdre de plus en plus de ses lumières et de son impartialité. Les intérêts qu'elle protége, les droits qu'elle fait valoir vont aussi en s'amoindrissant. Voilà pourquoi les abus de l'autorité paternelle, maritale, dominicale, sont des excuses moins puissantes que ceux du chef militaire ou du souverain. Cela est particulièrement vrai de l'autorité du maître;

[1] V. Grot., *Du droit de la guerre*, etc., liv. II, c. 16, § 4; Benjamin Constant, *Cours de politique constitutionnelle ;* Rossi, *Traité de droit pénal.*

[2] C'est sans doute pour cette raison que la loi anglaise est très-indulgente pour la femme qui délinque sous les yeux de son mari. (J. Stephen, *Summary of the criminal Law*, t. I, p. 11.)

Digitized by Google

le serviteur des pays civilisés n'est plus l'esclave des temps et des pays barbares; le pouvoir dominical d'aujourd'hui n'a rien qui ressemble au pouvoir des sociétés à esclaves. Un domestique ne peut donc guère plus qu'un étranger alléguer la contrainte morale de la part de ses maîtres.

Sous le régime féodal, un statut de Casimir le Grand, roi de Pologne, avait décidé que nul ne pourrait alléguer l'ordre de son seigneur pour se justifier d'un crime [1].

En cas de doute de la part de l'inférieur, du subordonné, la présomption doit être que les ordres du supérieur sont légitimes, et Barbeyrac a justement redressé Grotius en cet endroit.

A une époque, ou bien dans les pays où l'autorité paternelle, maritale, hérile, seigneuriale, etc., a un caractère d'omnipotence et de brutalité qu'elle ne possède plus partout où la personnalité humaine est comptée pour quelque chose, l'excuse doit être difficilement admise. Il faut aussi tenir compte des âges, de l'instruction, du rang relatif, en un mot de tout ce qui est propre à rendre la volonté de celui qui commande plus imposante pour celui qui obéit. Ces considérations expliquent suffisamment la trop grande facilité avec laquelle les anciens rejetaient complétement la faute des enfants sur les parents qui l'avaient commandée, celle des femmes sur les maris, celle des esclaves sur les maîtres. Ce n'était qu'une manière de réparer un peu l'extrême sévérité, l'injustice même de la constitution de la famille et celle de la société.

Il ne faut pas confondre la contrainte physique, telle que nous l'avons définie au commencement de ce paragraphe, avec la *force majeure*, qui est exercée par les choses inanimées ou par les êtres vivants. L'acte de l'homme peut s'y trouver mêlé; mais si l'intention de nuire ne s'y rencontre pas, en vain cet acte est dommageable, il n'est passible d'aucune peine, excepté d'une peine de police, s'il y a imprudence. La réparation du préjudice n'est pas une peine proprement dite.

On ne peut comparer l'extrême besoin de manger, de se vêtir, à un cas de force majeure ou de contrainte; tout ici est interne et personnel. Celui qui, pressé par des besoins de cette nature, commet un vol, peut-être plus ou moins excusable, mais il n'est pas innocent [2].

[1] *Statut Vislica* de 1347.

[2] Le Code *suédois* déclare innocent celui qui, pour éviter un grand dan-

Digitized by Google

Puffendorf et Grotius ont donc confondu la morale avec le droit, en décidant qu'il y avait ici excuse juridique. La raison qu'ils en donnent, celle d'un retour forcé en pareil cas à la communauté primitive, n'est qu'une vaine fiction. En supposant qu'on ait jamais été en communauté, on en est sorti; et chacun a d'abord reçu ce qui lui revenait. Il n'y a donc pas eu de réserve conditionnelle possible sur la part d'autrui. Cicéron, comme l'observe Blackstone, avait plus de sentiment du droit, lorsqu'il décidait que chacun doit supporter ses malheurs plutôt que de porter atteinte au bien-être d'autrui[1]. Ce n'est là que du droit, et la loi anglaise l'a formellement reconnu[2]; ce qui n'empêche point d'admettre des circonstances atténuantes en pareil cas[3].

VI. Au nombre des excuses péremptoires doit figurer aussi la nécessaire et légitime défense de soi-même et d'autrui[4]. Elle est nécessaire lorsqu'on ne peut recourir à la force publique ou à une force étrangère quelconque pour repousser la violence. Elle est légitime lorsqu'elle est proportionnée à l'attaque; elle l'est encore par cela seul qu'elle est motivée par la nécessité.

La défense de soi-même et d'autrui est sujette aux mêmes conditions, pour excuser un délit qu'elle aurait rendu nécessaire, que celles qui sont exigées dans le cas où le délit a été commis sous l'influence de la crainte.

Plusieurs législations étrangères ont compris que la défense énergique et violente dont on use au profit d'un enfant, d'une femme, en général d'une personne faible absolument ou relativement, n'était pas moins digne d'excuse que celle qui a pour objet de se protéger soi-même. Les excès de l'égoïsme sont, en effet, moins à redouter dans le premier cas que dans le second,

ger, s'empare de la chose d'autrui. La loi anglaise est moins indulgente (J. Stephen, *Summary of the crim. Law*, t. I, p. 12); mais elle suppose le jury et les circonstances atténuantes.

[1] Suum cuique incommodum ferendum est potius quam de alterius commodis detrahendum. (*De off.*, liv. III, c. 5.)

[2] Blackst., p. 26 et 27; — Charlemagne, dans ses capitulaires, soumet en pareil cas le voleur à un jeûne de trois semaines; cap. 3, *De furtis*.

[3] Le Code du Brésil admet comme fait justificatif le crime commis en résistant à l'exécution d'ordres illégaux, part. I, art. 14, § 5.

[4] V. sur le droit de défense personnelle en général : Fr. Jac. Goebel, *Dissertatio inauguralis juridica de legitima sui defensione*. Louv., 1824.

Digitized by Google

et il est plus présumable que la défense d'autrui n'a été prise que pour de bonnes raisons, et qu'elle n'a pas dépassé la mesure des exigences naturelles. Ainsi le Code du Brésil met au nombre des crimes justifiables ceux qui sont commis, non-seulement pour la défense de sa propre personne ou de ses droits, mais ceux encore qui sont commis pour la défense de la famille du délinquant ou d'un tiers [1].

VII. C'est avec la même raison qu'on a mis au nombre des excuses péremptoires le préjudice matériel qu'entraîne pour le coupable l'exécution d'un devoir à son égard. Le cas est si simple qu'il ne peut former une question. Mais si le mal occasionné par l'exécution obligée d'une loi pénale dépasse celui qui était voulu par le législateur, c'est alors le juge ou le pouvoir exécutif qui devient coupable ; il abuse d'un droit ou d'une mission que la société lui confie, pour faire un acte d'autant plus répréhensible qu'il aggrave un mal que la loi n'a déjà voulu qu'à regret. Il n'y a donc rien d'exagéré dans le mot de Bacon, que le juge plus sévère que la loi est un bourreau. Que sera donc le bourreau plus sévère que la sentence criminelle?

VIII. L'*alibi* enfin est une excuse péremptoire qui, à la différence de la plupart des précédentes, ne souffre ni plus ni moins.

IX. L'ignorance de la loi est une excuse péremptoire dans certaines législations, quand l'accusé peut établir qu'en effet il ne la connaissait pas et qu'il n'était pas d'ailleurs censé la connaître. En ce cas, et alors même que l'excuse ne serait pas établie par la loi, elle serait certainement dans son esprit, la loi ne pouvant rien vouloir en général que d'équitable. Ainsi, malgré la présomption fort juste en principe, que nul n'est censé ignorer la loi, présomption très-juste en fait également lorsque le législateur prend toutes les précautions nécessaires pour porter la loi à la connaissance de tous ceux qu'elle intéresse ; malgré cette présomption, disons-nous, il y a des exceptions possibles : c'est ce qu'indique déjà le mot *présomption* lui-même, puisqu'il fait entendre que la connaissance de la loi n'est universelle que d'une universalité morale. Mais elle met la

[1] Part. 1, art. 14. On exige qu'il y ait certitude du mal, défaut absolu d'autres moyens moins préjudiciables, qu'il n'y ait pas eu provocation de la part du protégé ou du protecteur. V. aussi le nouveau Code pénal du canton de Vaud.

Digitized by Google

preuve de l'ignorance à la charge de celui qui s'en prévaut. Il faut, pour que cette preuve puisse être administrée, d'abord que la loi ait un certain caractère d'arbitraire ou de circonstance qui ne puisse être suppléé par le sentiment universel du juste; il faut de plus que celui qui prétend avoir ignoré cette loi établisse, prouve, par les circonstances exceptionnelles où il s'est lui-même trouvé, qu'il ne pouvait la connaître; par exemple s'il est étranger et arrivé dans un pays depuis peu, ou si, étant du pays, il ne fait qu'y rentrer, etc.[1].

Il faut remarquer en finissant que l'âge, la démence, l'ivresse, la défense de soi-même n'ont rien d'absolu que dans les mots, et que ces faits, qui sont justificatifs lorsqu'ils atteignent un certain degré, ne sont que des circonstances atténuantes quand ils ne s'élèvent pas jusque-là. C'est ainsi, par exemple, que M. Ortolan propose avec raison de n'imputer aucun délit à l'enfant qui a moins de sept ans révolus; de poser la question de discernement pour le mineur de sept à seize ans, et, en cas d'affirmative, d'appliquer une peine d'un degré inférieur; d'imputer le délit, mais toujours avec circonstances atténuantes, au coupable âgé de seize à vingt et un ans; passé cet âge, il n'y aurait plus de considérations obligées de cette nature. Mais si judicieuse que soit cette gradation, elle n'est pourtant qu'une affaire de nécessité lorsqu'on s'élève d'un âge à l'autre. Il est certain que l'enfant âgé de sept ans précis n'a guère moins de discernement qu'il n'en aura vingt-quatre heures plus tard; et cependant son délit resterait impuni dans le premier cas, tandis qu'il pourrait entraîner une peine plus ou moins forte dans le second. Il ne suffirait donc pas peut-être de permettre au juge d'abaisser la peine d'un degré seulement. Mais si grande que soit la latitude qu'on lui laisse, il y aura toujours une différence énorme, et qui sera en désaccord avec les faits, entre l'impunité absolue et une peine quelconque. A moins donc d'étendre démesurément les pouvoirs du juge, on ne peut éviter un certain arbitraire. Mieux vaut encore qu'il soit dans la loi et en faveur de l'indulgence, que d'être laissé à la disposition du juge, qui pourrait en abuser, systématiquement au moins.

Indépendamment de certains faits justificatifs qui établissent

[1] Loi anglaise, J. STEPHEN, *op. cit.*, t. I, p. 12.

Digitized by Google

la non-culpabilité de l'individu, il y a, suivant certaines législations, d'autres faits qui, sans détruire la culpabilité, l'excusent totalement ou partiellement; c'est le cas des articles 321, 324, 325, 108, 114, 138, 190 du Code pénal français. Il ne faut pas non plus confondre ces sortes de faits avec ceux qui, tout en ayant la vertu d'atténuer la faute ainsi que la peine, ne sont d'ailleurs pas prévus par la loi, et qui, par cela qu'ils sont laissés à l'appréciation facultative du jury, peuvent n'être pas pris par lui en considération. Les excuses prévues par la loi sont au contraire de droit, et doivent être explicitement soumises à l'appréciation du juge du fait[1].

Le sentiment et la raison nous portent à tenir compte des degrés de gravité dans les délits. La colère et la vengeance, tout aveugles qu'elles sont, présentent des intensités diverses, suivant la gravité de l'offense. Une préoccupation systématique et fausse peut seule conduire à mettre sur la même ligne tous les délits. Dracon ne s'écartait pas moins de la raison que du sentiment, lorsqu'il décidait que tous les délits étaient égaux et également dignes de mort, puisque tous étaient des transgressions de loi. Ce n'est là qu'un aperçu isolé, abstrait, commun à tous les délits, c'est vrai, mais qui ne peut logiquement donner naissance qu'à la peine comme peine, et nullement à sa qualité ni à son intensité.

De même donc qu'il n'y a pas d'infraction qui ne soit qu'infraction, de même il n'y a pas de peine qui ne soit que peine. De même donc que toute violation de la loi est telle ou telle, de même aussi la peine doit être telle ou telle autre, d'un certain degré plutôt que d'un degré moindre ou supérieur.

Il suffisait donc de suivre la proportion naturelle entre le délit et la peine, pour éviter l'erreur. Dracon s'en tint à une abstraction sans portée dans la considération du délit. Mais il fallait que la peine fût déterminée; et il manqua doublement de logique, et dans le choix non motivé d'une peine particulière, et dans l'intensité qu'il lui donna. Pourquoi, en effet, une peine afflictive plutôt qu'une peine purement infamante ou pécuniaire? Et pourquoi, parmi les peines afflictives, celles de mort plutôt qu'une autre du même genre?

[1] V. sur la différence entre les excuses et les circonstances atténuantes, Boitard, *Leçons sur le Code pénal*, p. 232.

Digitized by Google

Sans partir d'un principe systématique et faux, les premiers législateurs, lors surtout que leur volonté du moment faisait toute la loi, n'ont cependant pas tenu compte de toutes les circonstances qui aggravent ou atténuent la faute. Ce vice tient à l'emportement de la pensée, à la paresse d'esprit, à l'impuissance d'analyser et de classer, à l'hébétude du sentiment moral.

Aussi à mesure que l'intelligence se développe, que le sentiment acquiert plus de délicatesse et, pour ainsi dire, de précision, la théorie des circonstances se perfectionne.

Mais l'histoire comparée des législations criminelles présente à ce sujet un fait très-digne de remarque : c'est que l'esprit du législateur, une fois sur la voie des distinctions, les pousse fort loin dans la spéculation, dans la loi même, sans trop s'inquiéter de la manière dont le juge s'y prendra pour retenir et surtout pour appliquer toutes ces dispositions minutieuses, mais vraies cependant. Il lui arrive ici la même chose que dans la théorie des preuves; il distingue sans fin et sans mesure. Mais à la pratique il s'aperçoit tôt ou tard que ces distinctions sont d'une application difficile; que cette application ne peut guère être contrôlée par un tribunal supérieur; qu'il est par conséquent inutile de la prescrire; qu'elle est d'ailleurs sujette au grave inconvénient de jeter le juge dans un labyrinthe légal d'où il a peine à sortir, de multiplier les points de vue dont il doit rendre compte dans ses arrêts, de multiplier par là même les chances de cassation, etc. Aussi, après avoir établi sur ce point une législation fort circonstanciée, revient-il, pressé par le bon sens, à des lois beaucoup plus simples : il abandonne davantage aux lumières naturelles et à la conscience du juge. S'il est de l'avis de Bacon, que la meilleure des lois est celle qui laisse le moins d'arbitraire au juge[1], il sait cette fois distinguer les cas où il doit réglementer les mouvements et les pensées du juge, de ceux où cette rigueur offrirait plus d'inconvénients que d'avantages.

Nous assimilions tout à l'heure la théorie développée des circonstances atténuantes à celle des preuves, nous aurions pu l'assimiler encore à celle des blessures. Cette dernière fut poussée fort loin par les législations barbares du moyen âge. Le bon sens moderne a mis de côté ce bagage de distinctions, souvent arbi-

[1] *Optima est lex quæ minimum arbitrio judicis relinquit.*

Digitized by Google

traires d'ailleurs. Il a fait de même pour la théorie des preuves, créée par les jurisconsultes scolastiques des siècles suivants, ainsi que pour celle des circonstances, à peu près contemporaines de celle des preuves. Il n'y a plus que les Codes des peuples encore à leur XVIe siècle, tel que celui de la Russie, qui contiennent des détails regardés comme inutiles par des peuples plus avancés [1].

Quand je dis inutiles, je dois distinguer : inutiles dans les lois, oui; dans la doctrine, non, bien au contraire; et sous ce rapport la simplicité des doctrines de nos livres criminels est peut-être regrettable, parce qu'elle est excessive et qu'elle tend à réduire la science à rien. En évitant ainsi par paresse ou par indifférence les détails scolastiques, nous retournons insensiblement à la simplicité ignorante de la barbarie. Le juge, le jurisconsulte doit avoir pénétré toutes ces distinctions; aucun point de vue possible ne doit lui être inconnu; il doit les avoir médités tous, afin d'appliquer plus sûrement les dispositions simples et fécondes d'une loi toute de bon sens.

Nous ne pouvons nous résigner à devenir complice de cette ignorance systématique de certaines théories d'une incontestable utilité dans la doctrine, sinon dans les lois. On nous pardonnera donc les détails dans lesquels nous allons entrer à la suite des législateurs et des jurisconsultes. Plus une science est détaillée, plus elle est complète, plus elle est près de la perfection, lors d'ailleurs que les vues d'ensemble, les principes, les liens systématiques ne font point défaut.

C'est donc une supériorité dans la doctrine pour une époque que cette profondeur de détails reliés systématiquement. Mais c'est peut-être une infériorité de n'avoir pas compris que ces détails, cette science, ne doivent pas sortir des livres qui les enseignent, qu'ils ne doivent pas pénétrer dans les lois. Le législateur n'enseigne pas; il réglemente, commande et défend avec menaces.

Au surplus, lorsque les détails ne sont pas à l'état abstrait, lorsqu'ils se rattachent à des cas parfaitement circonstanciés, l'application en est très-facile. Qu'y a-t-il de plus simple, en

[1] Le Code du grand-duché de Bade, rédigé d'après les inspirations d'une forte doctrine, renferme beaucoup de détails concernant l'imputabilité, art. 72-87.

Digitized by Google

effet, que les dispositions très-particulières de la législation chinoise, en ce qui regarde les circonstances de la corruption? Les prévisions du législateur sont si positives, si nettes, que le juge ne peut éprouver un instant d'hésitation, dès qu'une fois les faits lui sont bien connus; et ces faits, tout circonstanciés qu'ils soient, sont si positifs, si nettement caractérisés par la loi, qu'il est difficile de s'y tromper. La corruption y est distinguée en active et en passive, pour nous servir d'un langage technique rigoureux; en corruption effectuée et en tentative de corruption, et même en propositions illégales. Cinquante à cent coups pour ces dernières. La corruption effectuée est frappée pécuniairement en raison de la valeur des présents reçus; la perte des offices, des rangs, des emplois, plus un certain nombre de coups, et enfin le bannissement, achèvent de satisfaire la vindicte publique en pareil cas. Les intermédiaires sont punis de la peine immédiatement inférieure à celle qui est réservée aux principaux coupables. La peine de celui qui fait les offres est moins forte de cinq degrés que celle réservée à celui qui reçoit. La loi distingue, en outre, suivant que la demande à l'appui de laquelle sont joints les présents séducteurs est juste ou injuste; elle est naturellement plus sévère dans le second cas que dans le premier.

J. TISSOT.

Digitized by Google

DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

Par M. F. Dollinger, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Paris.

Mémoire couronné par la Faculté de droit de Strasbourg et par l'Académie de législation de Toulouse.

Plus cautionis in re est quam in persona.
Pomponius, L. 25, D., *De reg. jur.*

Il est plus aisé de dire des choses nouvelles que de concilier celles qui ont été dites.
Vauvenargues, *Réflexions et maximes.*

PREMIÈRE PARTIE.

DES DIFFÉRENTS SYSTÈMES DE LA SÉPARATION DES PATRIMOINES.

SECTION I.

De la séparation des patrimoines d'après le droit romain.

§ 1. — *Généralités.*

1. Il ne paraît pas qu'il y ait eu chez les Romains de théorie spéciale pour la séparation. Liée à l'ensemble des voies d'exécution forcée ouvertes aux créanciers contre leur débiteur, si elle ne se produisait pas par action principale et directe, elle n'était pas non plus restreinte à la seule matière des successions : toute poursuite commencée contre un débiteur quel qu'il fût, pouvait donner naissance à une demande en séparation. Si l'on en doutait, il suffirait de se reporter aux titres du Digeste et du Code qui traitent de ces matières : la place qu'ils occupent dans la série des textes sur les mesures propres à protéger les intérêts des créanciers, leurs rubriques respectives, enfin le contexte des deux lois 1, § 3, et 3, *De separat.*, dans le premier de ces deux ouvrages, suffiraient pour justifier toutes nos assertions. Le législateur, en effet, n'a réuni à la fois les divers cas de séparation, que parce qu'il était préoccupé avant tout du principe qui leur est commun : l'expropriation du débiteur [1].

2. Cette séparation a particulièrement pour objet de faire du patrimoine de ce dernier deux masses complétement distinctes : l'une exclusivement composée de ses biens propres et personnels, l'autre des biens qui ne lui sont advenus qu'en vertu d'une

[1] V. Cujas, *Parat.*, ad tit. 6, liv. XLII, Dig.

Digitized by Google

transmission spéciale et universelle, laquelle a laissé subsister les droits antérieurs des créanciers poursuivant la séparation dans le but de faire affecter uniquement à leurs créances les biens ainsi transmis, et qui ne l'ont été que déduction faite des droits et charges dont ils étaient grevés avant la séparation[1].

3. L'idée de constituer ainsi une sorte de gage au profit d'une classe de créanciers contre et au préjudice d'une autre, est assez équitable en elle-même, si toutefois elle reste limitée à ses conséquences naturelles et immédiates, et si elle ne va pas jusqu'à altérer les relations primitives des créanciers entre eux, comme cela est arrivé malheureusement sous l'ancienne jurisprudence française, et après elle sous le Code Napoléon. Les créanciers de la masse séparée ne doivent avoir entre eux d'autres causes de préférence que celles qu'ils pouvaient avoir acquises avant la séparation; et à l'égard des créanciers personnels du débiteur acquéreur, seulement un privilége collectif sur les biens qu'ils ont fait distraire; mais un privilége qui leur défendra de venir jamais profiter des biens personnels du débiteur; car ils ont montré assez par là qu'ils répudiaient toute communauté d'intérêts avec les créanciers particuliers dont ils ont craint le concours.

§ 2. — *Des personnes qui peuvent demander la séparation.*

4. D'après ces explications, on serait tenté de croire que le titre de créancier pourrait seul donner droit à la séparation : hâtons-nous de dire cependant qu'il n'en est pas toujours ainsi, et nous verrons ci-après des espèces où d'autres personnes encore seront appelées à l'exercer; ces hypothèses, assez nombreuses, il est vrai, mais toutes spéciales, ne devaient pas se présenter bien fréquemment dans la pratique, et vraisemblablement elles disparurent tout à fait dans le droit plus moderne du Bas-Empire.

5. Occupons-nous d'abord des créanciers. Ont droit à la séparation :

1° Les créanciers de l'héritier fiduciaire, forcé de faire adition d'hérédité, en vertu du sénatus-consulte Pégasien, et ne pouvant s'acquitter de sa restitution, faute de trouver quelqu'un qui puisse ou qui veuille l'accepter. Ulpien pensait même que

[1] L. 1, § 1, Dig., *De separationibus* (XLII, 6).

Digitized by Google

le bénéfice du rescrit d'Antonin qui accorde le droit de séparation à cet héritier, devait être étendu aussi à ses créanciers [1];

2° Les créanciers de l'héritier qui a accepté une succession en fraude de leurs droits [2]. Cependant, comme le texte qui leur octroie cet avantage, le refuse en même temps et d'une manière absolue, aux créanciers de l'héritier, sur le motif bien péremptoire que *licet alicui adjiciendo sibi creditorem, creditoris sui facere deteriorem conditionem* [3], il est permis de croire que le remède auquel il est fait allusion dans le premier passage n'est point le droit de séparation, mais le droit plus général de révocation des actes frauduleux de nature à préjudicier aux créanciers, droit qui s'exerce alors au moyen de l'action Paulienne;

3° Les créanciers du pécule castrense d'un fils de famille, lorsqu'ils lui ont prêté de l'argent en considération de ce pécule [4], et ceux de tout autre pécule du fils de famille ou de l'esclave qui a employé le prêt à exercer un négoce ou une entreprise commerciale quelconque [5];

4° Les créanciers d'une succession, même à terme ou conditionnels [6]. Ils font séparer les biens composant cette succession d'avec ceux de l'héritier, lorsqu'ils craignent que ces derniers ne soient insuffisants pour les désintéresser aussi complétement que les biens seuls de la succession, par suite du concours qu'ils seraient obligés de subir de la part des créanciers de l'héritier [7]. C'est là l'application la plus fréquente et, disons-le aussi, la plus heureuse du principe de la séparation, l'application qui a été peut-être la source de toutes les autres, et qui leur a survécu jusque dans les législations modernes.

Subsidiairement, et pour le cas où les biens de la succession dépasseraient le montant des dettes, les légataires du défunt profitent du surplus, par préférence même aux créanciers et aux légataires de l'héritier [8].

6. Viennent maintenant une série d'autres personnes aux-

[1] L. 1, § 6, D., *De sep.*, et L. 11, § 2, D., *Ad sc. Trebell.*
[2] L. 1, § 5, D., *De sep.*
[3] L. 1, § 2, D., *ibid.*
[4] L. 1, § 9, D., *ibid.*
[5] L. 5, §§ 15 et 16, D., *De trib. act.*
[6] L. 4, *pr.*, D., *De sep.*
[7] L. 1, D., *eod. tit.*; Const. 2, C., *De bonis auct. jud. possid.*; Const. 6, C., *De hered. act.*
[8] L. 4, § 1, et L. 6, *pr.*, D., *De sep.*; Const. 2, C., *De bon. auct. jud.*

Digitized by Google

quelles on a étendu le privilége de la séparation; ce sont :

1° L'héritier fiduciaire dans l'hypothèse que nous avons rapportée en parlant de ses créanciers (ci-dessus, n° 5-1°);

2° Le substitué pupillairement qui peut faire séparer les biens du testateur d'avec ceux de l'impubère, mais dans un cas seulement [1] : celui où un individu institué pour le tout est substitué à son frère impubère exhérédé. Il est facile de voir qu'en effet ici les deux patrimoines se trouveront confondus dans les mains du substitué : celui du père qui y arrivera directement par suite de l'institution, et celui de l'impubère par suite de la substitution; et remarquez bien que la répudiation de la part de ce dernier n'empêcherait pas le testament de sortir son plein et entier effet [2], parce qu'il est héritier sien et nécessaire, et que la substitution se maintiendrait toujours par la seule qualité d'héritier, *nudo hæredis nomine* [3]. Il en serait tout autrement, si le substitué était étranger : sa répudiation ferait évanouir la substitution, à moins toutefois qu'il n'eût été substitué que pour partie; auquel cas l'acceptation ou la non-répudiation de la part des autres cohéritiers suffirait pour maintenir le testament du père, et par conséquent aussi la substitution [4]. Toutefois la séparation n'aurait plus, dans la seconde hypothèse, d'utilité pour l'étranger, parce qu'il est parfaitement libre de s'en tenir à la substitution et de refuser les biens du père, ou *vice versa*; dans la première, c'est-à-dire dans celle où il était institué pour le tout, la séparation aurait eu pour lui l'avantage de lui permettre de s'en tenir à l'une des deux hérédités, malgré l'acceptation : mais aucune trace, dans les textes, n'autoriserait à croire qu'il ait jamais eu ce droit; d'autant plus qu'il paraît avoir existé une controverse entre les jurisconsultes sur l'opportunité de la séparation au profit du frère, comme le prouve évidemment la loi 42, D., *De acquirenda vel omittenda hæreditate*, où Julien est blâmé par Marcellus et Ulpien, tandis que Javolenus et Papinien étaient partisans de la séparation comme Julien [5]. — Cette séparation demeure aussi sans utilité, lors-

[1] L. 12, D., *De vulg. et pupill. subst.*

[2] L. 2, § 3, D., *eod. tit.*

[3] L. 28, D., *De reb. auct. jud. poss.*; L. 6, § 2, D., *De bon. libert.*

[4] L. 40, D., *De acquir. vel omitt. hæred.*

[5] Javol., L. 25, D., *De reb. auct. jud. possid.*; Papin., L. 12, *De vulg. et pupill. subst.*

Digitized by Google

qu'un institué, même étranger, est substitué à l'impubère exhérédé, parce qu'il n'y a là aucune communauté entre les biens du testateur et ceux de l'impubère (excepté dans le cas où celui-ci aurait agi par la *querela inofficiosi testamenti*, qui opère une réunion de deux patrimoines), ou lorsqu'un individu non institué est substitué au pupille institué; les biens restent alors confondus dans la main de ce dernier, qui seul a le droit d'en faire prononcer la séparation, dans certains cas du moins (Voy. 3°, ci-après), son substitué ne pouvant qu'accepter ou refuser la substitution [1];

3° Le fils de famille, auquel une constitution de Claude permet de faire séparer son pécule du patrimoine de son père dont le fisc a saisi les biens pour se faire payer [2];

4° Le patron devenu héritier de son affranchi, et qui peut alors faire séparer le patrimoine de cet affranchi d'une succession onéreuse qui aurait été acceptée par ce dernier [3];

5° L'esclave institué et affranchi par testament ou simplement institué (ce qui emporte affranchissement sous Justinien [4]), pour faire séparer les biens composant son pécule de ceux du testateur, son patron, qui ne l'a institué peut-être que pour éviter l'infamie attachée aux ventes par suite de déshérence. Mais l'exercice de la séparation demeure subordonné à la condition que l'esclave sera resté à l'écart des biens héréditaires (*si non attigerit bona patroni* [5]), ou qu'étant mineur de vingt-cinq ans, il se soit fait restituer contre son immixtion [6]. Grâce à ce bénéfice, l'esclave ne peut désormais être poursuivi que jusqu'à concurrence des valeurs de la succession et des biens qu'il aurait acquis *ex hæreditaria causa* : comme, par exemple [7], ceux d'un Latin affranchi par le testateur, et qui meurt après ce dernier; ils viennent, en effet, se réunir *jure peculii* au patrimoine de son ancien maître, comme s'il n'avait jamais cessé d'en être l'esclave [8]. Mais d'un autre côté l'esclave affranchi peut déduire

[1] L. 10, § 2, D., *De vulg. et pupill. subst.*
[2] L. 3, § 4, D., *De min. XXV ann.*
[3] L. 6, § 1, D., *De separat.*
[4] Const. 5, *pr.*, C., *De necess. hæred. inst.*
[5] L. 1, § 18, D., *De separat.*
[6] L. 7, § 5, D., *De minor. XXV ann.*
[7] Gaius, *Inst.*, comm. II, § 155.
[8] Gaius, *ibid.*, III, 56.

Digitized by Google

à son profit ce qui lui est dû par son maître, et faire valoir ainsi les créances naturelles qu'il a acquises contre lui[1].

7. Si nous nous sommes quelque peu étendu sur ces applications spéciales de la théorie de la séparation, c'est parce que nous n'y reviendrons plus dans le courant de l'exposition du système romain. Dans tout ce qui va suivre, il sera uniquement question de la séparation comme remède accordé aux créanciers d'une succession contre la gestion de l'héritier et le concours de ses créanciers personnels.

§ 3. — *De la procédure de la séparation.*

8. Le principe de la séparation qui a pour but de paralyser les conséquences trop rigoureuses de l'adition d'hérédité, quoique très-équitable en lui-même, sapait par la base les règles du Droit civil; c'est dire assez que l'intervention du préteur avait seule pu en conférer le bénéfice. Aussi notre titre du Digeste débute-t-il en ces termes : *Sciendum est separationem solere impetrari decreto prætoris*[2]. *Solere impetrari* : c'est donc l'usage qui s'est introduit dans la jurisprudence du prétoire, à une époque qu'il serait difficile de déterminer, mais qui, certes, ne remonte pas au delà du septième siècle de Rome. Comme la séparation, d'après ce que nous en avons déjà dit, était intimement liée aux mesures d'exécution forcée, c'est-à-dire à la vente des biens du débiteur, il nous faut, pour en esquisser la procédure, donner préalablement une idée de cette vente, de cette *bonorum emptio* des beaux temps de la jurisprudence classique.

9. C'est au préteur Rutilius[3] que l'on doit, sinon l'introduction, au moins le perfectionnement de la vente des biens d'un débiteur. Établie dans le principe par la loi Petilia[4], seulement pour les créances du fisc contre les condamnés et proscrits, elle se faisait au moyen d'un décret du préteur, qui envoyait les questeurs en possession des biens du débiteur, pour les soumettre ensuite à une vente publique (*proscriptio*) et les adjuger en bloc au plus offrant; c'était ce qu'on appelait *sectio bono-*

[1] L. 1, § 18, *in fine*, D., *De separ.*

[2] L. 1, *pr.*, D., *eod. tit.*

[3] An de Rome 664. — L. 2, § 40, D., *De orig. jur.*; Cicéron, *pro Planc.*, 2; Festus, *v*[e] *Rutuli.*

[4] An de Rome 643.

Digitized by Google

rum et que Rutilius étendit, sous le nom de *emptio*, aux biens des débiteurs envers les particuliers.

10. L'*emptio bonorum* peut avoir lieu soit contre un vivant, soit contre un défunt qui n'a pas trouvé d'héritier; mais cette seconde hypothèse ne pourrait donner lieu à la séparation qui suppose précisément une acceptation de la part d'un débiteur obéré.

Les créanciers commencent par appeler cet héritier en justice, afin de le forcer à reconnaître la dette de son auteur (*confessio*), ou, à défaut, d'obtenir contre lui une condamnation. Si l'héritier ne comparaît pas et se dérobe par la fuite ou autrement à l'action de ses créanciers (*fraudationis causâ latitans*[1]), il est constitué *indefensus*, *nisi boni viri arbitratu defendatur*, dit Ulpien, en rapportant les termes de l'édit consacrés à cette hypothèse[2]; ou si, comparaissant, il refuse de reconnaître la dette, le préteur, dans tous les cas, *causa cognita*, envoie indistinctement en possession de ses biens tous les créanciers qui se présenteraient[3].

11. Cet état de possession provisoire durera au moins trente jours, afin de donner aux retardataires le temps de se présenter, et au débiteur les moyens d'éviter l'infamie, en satisfaisant ses créanciers; car plus tard s'il pourra encore les désintéresser jusqu'à la vente (n° 16), il n'échappera pourtant plus à cette première conséquence déshonorante de l'envoi en possession.

Le délai de trente jours peut, du reste, être prolongé, si les circonstances l'exigent, et, en ce cas, un curateur aux biens est nommé par les créanciers, confirmé et installé par le magistrat[4].

12. Les termes de l'édit du préteur nous ont été conservés par Ulpien dans la loi 7, § 1, D., *Quib. ex caus. in poss. eat.*, au moins pour le cas où le débiteur se dérobait aux poursuites des créanciers; et, par Cicéron, dans le cas où le débiteur, tout en comparaissant, niait l'existence de la dette[5]. Et il semble résulter du témoignage de l'orateur, plus prolixe, en ce point, que le jurisconsulte dans la loi précitée 7, § 1, D., *Quib. ex*

[1] Gaius, III, 78.
[2] L. 7, § 1, D., *Quib. ex caus. in possess. eat.*
[3] Théophile, *Paraphr. ad tit.* 12, *lib. III, Inst.*
[4] L. 1, § 1, D., *De cur. bon. dand.*
[5] Cicéron, *Pro Quinct.*, ch. 27.

Digitized by Google

causis (n° 10), que le débiteur, nonobstant l'envoi, conserverait tous les avantages de la possession juridique, et que la détention seulement passerait aux créanciers, afin de les mettre à même d'administrer *rei servandæ causa*[1].

Cette détention constitue donc à leur profit un droit d'une nature particulière, qualifié par les textes de *pignus prætorium*[2]. Le caractère de ce gage et ses différences d'avec le gage conventionnel paraissent peu arrêtés dans les principes de la jurisprudence romaine; du moins on peut induire d'une constitution de Justinien[3] qu'on hésitait beaucoup, avant lui, à conférer au créancier gagiste le droit de suite contre les acquéreurs étrangers et de bonne foi, au moins si ce créancier, qui était constitué gardien de la chose et soumis à toutes les obligations de cette position[4], avait quelque faute à s'imputer. L'empereur tranche la question en faveur du créancier, en assimilant sa situation à celle du gagiste ordinaire et en lui conférant, sans doute au moyen de l'action Servienne et nonobstant toute faute de sa part, le droit de suite le plus absolu (*recuperationem*).

13. C'est, selon toute probabilité, à ce point de la procédure que vient s'interposer la séparation. Les créanciers qui voudraient en profiter devront, sans doute dès leur première démarche auprès du préteur, requérir de ce magistrat l'envoi en possession des biens du défunt seulement, en obligeant les créanciers de l'héritier à se contenter de l'envoi en possession des biens de leur débiteur personnel (*creditores Titii contentos esse debere bonis Titii*[5]). Cette demande a donc pour résultat de scinder la procédure, en l'appliquant simultanément et séparément à deux masses indépendantes l'une de l'autre. Le préteur organise ici un double régime collectif (*communis cautio*[6]) au profit de tous les créanciers qui l'ont requis et de tous ceux qui voudront encore, par la suite, se joindre à la poursuite[7]; bien entendu en restant dans le délai préfix de trente jours, dont nous avons parlé.

[1] L. 7, pr., D., *Quib. ex caus. in poss.*

[2] L. 26, D., *De pignor. act.*; L. 35, D., *De reb. auct. jud. poss.*

[3] Const. 2, C., *De prætor. pign.*

[4] L. 3, § 23, D., *De acquir. vel omitt. poss.*; L. 12, D., *Quib. ex caus. in poss.*

[5] L. 1, § 1, D., *De sep.*

[6] L. 4, D., *eod. tit.*

[7] L. 12, pr., D., *De reb. auct. jud. poss.*

Digitized by Google

14. Les choses en étant à ce point, une seconde démarche de la part des créanciers est alors encore faite auprès du préteur (ἐγίνετο δευτέρα προσέλευσις[1]), où celui-ci prend l'initiative et les convoque derechef[2] pour procéder à la nomination de l'un d'entre eux, qui, sous le nom de *magister*, fera la vente et représentera la masse des créanciers dans cette opération. Toutefois, il est permis de croire (quoique les textes soient complétement muets sur ce point) que la séparation, formant deux masses désormais entièrement indépendantes l'une de l'autre, nécessitait en tous cas la nomination de deux *magistri* qui soigneraient cette double vente, chacun de son côté, sans être tenus de les faire marcher toutes deux de front, le tout suivant les circonstances : *et sic quasi duorum fieri bonorum venditionem*[3]. On sent bien que sur ce terrain des conjectures soient seules possibles, et nous n'avons pas la prétention d'avoir complétement soulevé le voile qui couvre cette matière.

15. Maintenant commence la *proscriptio bonorum* la προγραφὴ (suivant l'expression de Théophile), qui consiste à placarder, dans les endroits les plus fréquentés de la ville, des affiches destinées à faire connaître la vente. Après un nouveau délai de quelques jours dont Théophile ne nous fait pas connaître le nombre, on se réunit une troisième fois et l'on arrête les conditions de la vente (*leges bonorum vendundorum*), comme nous dirions aujourd'hui *le cahier des charges*. Ces *leges* contenaient, selon toute apparence, un état estimatif des biens et dettes; car à la *proscriptio* on ajoute ensuite l'indication d'un *minimum* des prix de vente et le dividende à tant pour cent que l'acheteur devra s'obliger à payer à chacun des créanciers, ce qui ne peut évidemment se faire qu'en connaissant approximativement les charges et émoluments des biens vendus.

16. Jusqu'au moment de l'adjudication, le débiteur pourra à chaque instant arrêter les effets de l'envoi en possession, en se présentant et en reconnaissant la dette; mais à charge alors de fournir la *cautio judicatum solvi*, comme une personne dont on n'est plus sûr[4]. Enfin, trente jours plus tard, la vente a lieu

[1] Théophile, *Paraphr. loc. cit.*
[2] Gaius, III, 79.
[3] L. 1, § 1, D., *De sep.*
[4] L. 33, § 1, D., *De reb. auct. jud. poss.*

Digitized by Google

et les biens sont adjugés au plus offrant (τότε προσεκυροῦτο ἡ περιουσία τῷ ἀγοραστῇ).

17. C'est à partir de la *proscriptio*, c'est-à-dire après l'expiration du premier délai de trente jours que l'infamie frappera désormais le débiteur et le privera de ses droits politiques [1]. Mais en outre cette vente aura cela de rigoureux, qu'elle ne libérera point le débiteur de la portion de dettes qu'il n'a pu acquitter faute d'actif suffisant, et dont il était tenu envers ses créanciers personnels. Quant aux créanciers de la succession, nous verrons plus loin qu'en demandant la séparation, ils renoncent par cela même à toute action sur le patrimoine propre de leur débiteur, de sorte que la vente publique éteindra complétement leur droit (n° 27).

Le *bonorum emptor*, au contraire, n'est tenu que jusqu'à concurrence de son prix, et c'est le débiteur qui reste seul obligé pour le surplus (sous le bénéfice des distinctions que nous venons de faire en cas de séparation); avec le seul avantage de pouvoir désormais soustraire sa personne à l'action des créanciers, si toutefois il n'a pas frauduleusement diminué son patrimoine [2].

18. Les effets de la vente, quant aux acheteurs, ne sont pas ceux du Droit civil : en ce sens qu'elle ne leur confère point de propriété quiritaire, mais une simple propriété bonitaire. C'est ce que nous apprenait déjà Théophile [3] quand il les qualifiait de possesseurs prétoriens (πραιτωρίοι διάδοχοι); le passage de Varron [4] que longtemps les commentateurs prétendirent opposer à celui du professeur de Constantinople, en l'accusant d'ignorer ce qu'il devait enseigner, ne parlait évidemment que de la *sectio bonorum*, de cette vente publique des biens des condamnés au profit du fisc, et dont nous avons dit quelques mots plus haut (n° 9); le manuscrit de Gaius [5] est venu jeter la lumière sur ce point comme sur tant d'autres, et mettre d'accord les deux auteurs, que la science de nos jurisconsultes modernes n'avait pu concilier.

19. Telle était la procédure prétorienne de l'*emptio bonorum*

[1] Gaius, II, 154; Const. 1, 3; C. Théod., *De inoff. testam.*
[2] L. 25, § 7, D., *Quæ in fraud. credit.*
[3] *Paraphr.* sur le tit. 12, liv. III des Instit.
[4] *De re rust.*, II, 10.
[5] *Inst.*, comm. III, §§ 154, 77 et suiv.

Digitized by Google

combinée avec la séparation, au temps de la jurisprudence classique, à l'époque où elle n'avait pas encore dépouillé toute la sauvage rigueur dont la législation primitive avait entouré les mesures d'exécution contre les débiteurs. Un premier pas dans la voie des adoucissements avait été cependant déjà fait par l'introduction de la cession de biens volontaire, au profit de tout débiteur malheureux et de bonne foi. La vente en bloc était conservée, mais l'infamie avait disparu [1]; et si le débiteur ne restait encore libéré que jusqu'à concurrence du prix de ses biens [2], le créancier était pourtant obligé de lui laisser sur les biens acquis ultérieurement de quoi pourvoir à ses besoins les plus urgents [3].

20. Mais l'antique *venditio* elle-même perdra peu à peu son utilité; on trouvera trop long et trop dispendieux d'attaquer l'universalité des biens d'un individu, pour en employer quelquefois une minime portion à l'extinction d'un passif peu élevé. Les principes si rigides du Droit civil sur l'indivisibilité du patrimoine vont être sacrifiés à un but d'économie, mais, disons-le aussi, à un but d'humanité.

Deux expédients seront mis en usage et supplanteront l'ancienne procédure trop coûteuse. En vertu du premier, de la *pignoris capio*, le magistrat fait saisir par ses appariteurs la portion de biens nécessaire à désintéresser les créanciers. Ce mode, qui ne doit nullement nous occuper ici, puisque jamais il ne pourra donner lieu à la séparation (les biens du débiteur étant alors supérieurs aux dettes), conduira insensiblement au second, à la vente en détail telle qu'elle se présente dans le dernier état du droit de Justinien.

Le principe de la saisie partielle résultant de la *pignoris capio* sera maintenu et enté, en quelque sorte, sur l'ancienne *missio in possessionem;* on conservera de cette dernière les formalités préliminaires de l'obtention : on la limitera seulement à deux ans, temps pendant lequel tous les créanciers présents seront admis à faire valoir leurs prétentions [4]. Passé ce délai, les retardataires subiront la priorité de la part des créanciers diligents. Mais de nouvelles difficultés se produisent ici pour

[1] Const. 11, C., *Ex quib. caus. infam. irrog.*
[2] Const. 1, C., *Qui bon. ced.*
[3] § 40, Inst., *De action.*; LL. 4 et 6, D., *De cess. bon.*
[4] Const. 10, C., *De bon. auct. jud. poss.*

Digitized by Google

expliquer les modifications que la demande en séparation introduira à ce régime plus moderne. On ignore si deux curateurs encore étaient placés à la tête de chacune des masses distinguées par la séparation ; on ignore s'ils devaient également procéder simultanément à la vente, ou si chacun avait toute latitude pour se mouvoir comme bon lui semblait dans le cercle de ses attributions. Ce qu'il y a de positif, c'est que le curateur, une fois nommé (et il l'est ici dès l'origine de l'envoi en possession), restera dans l'exercice de ses fonctions jusqu'à complète terminaison de toutes les opérations. Il est le contradicteur naturel de tous les créanciers qui se présenteront ultérieurement; puis, les deux ans écoulés, il procédera à la vente, non plus en bloc, mais individuellement et par forme de distraction. Et le payement des créanciers se fera par le juge, sur le produit de la vente, après déduction des créances privilégiées.

§ 4. — *Des cas où la séparation n'est pas accordée.*

21. Une fois la vente des biens commencée, la séparation, englobée dans une série d'opérations toutes indépendantes les unes des autres, se trouve circonscrite dans un délai fort court; mais en outre, elle est soumise à une prescription de cinq ans parfaitement distincte de la déchéance précédente ; de telle sorte qu'aucune demande en séparation ne pourra venir compliquer une vente des biens de l'héritier faite après ce délai. En effet, jusqu'à la demande, l'héritier, à l'égard des tiers, seul et véritable représentant juridique de la personne du défunt, reste maître de faire les aliénations qu'il jugera convenables, sans qu'elles puissent être critiquées par les créanciers de la succession, si elles ne sont d'ailleurs entachées de dol : *quæ bona fide medio tempore per hæredem gesta sunt, rata conservari solent* [1]. On a donc pensé que le silence gardé par les créanciers pendant cinq années à partir de l'adition d'hérédité, serait une approbation non équivoque de la conduite de l'héritier, approbation qui montrait assez qu'ils n'avaient nulle défiance d'un semblable débiteur [2].

22. Si les aliénations de pleine propriété faites par l'héritier doivent être respectées, il n'en est pas tout à fait de même de

[1] L. 2, D., *De sep.*
[2] L. 1, § 13, D., *eod. tit.*

Digitized by Google

ses démembrements. Un rescrit de Sévère et d'Antonin, sans annuler les gages et hypothèques constitués par l'héritier sur les biens de la succession, décide qu'ils ne pourront avoir effet qu'après le complet désintéressement des créanciers de la succession; le tout afin d'empêcher les créanciers de l'héritier de se hâter d'acquérir ces droits, avant même que les créanciers du défunt aient eu le temps moral de se mettre en mesure [1]. Voilà encore le droit qui cède le pas à l'équité (n° 87). Au reste, la sévérité que la loi déploie ici en ce qui concerne la faculté de démembrer la propriété, beaucoup plus que pour celle de l'aliéner complétement, n'est pas sans exemple en Droit romain; car nous voyons la loi *Julia* défendre au mari d'hypothéquer l'immeuble dotal, même avec le consentement de sa femme, et lui permettre de l'aliéner avec ce consentement [2].

23. Une autre cause de nature à faire obstacle à la demande en séparation, est la confusion ou mixtion matérielle des biens du défunt avec ceux de l'héritier; mais cette confusion, à peu près impossible pour les immeubles, ne peut guère se produire pour les objets mobiliers, que lorsqu'ils ne sont pas déterminés dans leur individualité [3].

24. Enfin le créancier qui a suivi la foi de l'héritier, se trouve encore déchu du droit de s'en séparer. *Illud sciendum est*, dit la loi 1, § 10 (*De separat.*), *eos demum creditores posse impetrare separationem, qui* NON NOVANDI ANIMO *ab herede stipulati sunt*. Ce point mérite de fixer toute notre attention, car il nous servira plus tard à mettre en lumière une disposition extrêmement embarrassante de notre Droit français (n° 75).

Il est donc clair que, pour Ulpien, le bénéfice de la séparation ne peut plus être exercé lorsque le créancier a fait avec l'héritier une stipulation emportant novation. Pourquoi? c'est que la stipulation qui interviendrait en pareil cas, constituerait pour le créancier une acceptation de la personne de l'héritier comme seul et unique débiteur, et que cette acceptation est incompatible avec le régime exclusif de la séparation tel que le comprend notre jurisconsulte; avec le régime où il n'est pas permis de cumuler la qualité de créancier de l'héritier avec

[1] L. 1, § 3, D., *eod. tit.*

[2] *Pr.*, Inst., *Quib. alien. licet vel non.* — V. aussi la paraphrase de Théophile sur ce passage.

[3] L. 1, § 12, D., *De sep.*

Digitized by Google

celle de créancier du défunt (V. nº 27) : *Neque enim ferendus est qui qualiter qualiter*, ELIGENTIS TAMEN MENTE, *hæredis personam secutus est.* Aussi n'est-il pas nécessaire que la stipulation soit faite *animo novandi*, qu'elle emporte novation de l'obligation, pour faire déchoir le créancier; et ce n'est point en raison de cette novation que le créancier est déchu : le texte ne nous offre ici qu'une espèce particulière d'une série d'actes emportant tous acceptation de l'héritier pour débiteur, la *mens eligendi*, pour nous servir de l'expression consacrée par les jurisconsultes eux-mêmes. Toutefois, il paraît que dans les premiers siècles de la jurisprudence classique, tous les actes qui constituent cette *mens eligendi* entraînèrent en même temps novation; car du temps de Gaius, la novation s'admettait avec une extrême facilité : il suffisait qu'on eût stipulé quelque chose de nouveau [1]; l'adjonction ou la suppression d'une condition, d'un terme, d'un sponseur novait l'obligation, et nulle part nous ne voyons qu'on ait requis en même temps l'intention de nover. Ce n'est que plus tard que l'on commença à exiger l'*animus novandi*, comme on peut le voir dans les lois 2 et 8, §§ 2 et 5, et dans la loi 28, D., *De novat.*, d'Ulpien; mais il était impossible de s'entendre sur ce terrain, et les controverses devinrent si nombreuses, les discussions si obscures, que Justinien, dans une constitution, voulut trancher toutes ces difficultés, en exigeant à l'avenir que les parties s'expliquassent formellement sur leur intention d'opérer novation [2]. A partir de ce moment, les adjonctions ou suppressions de fidéjussions, de gages, de conditions, en un mot toutes les augmentations ou diminutions de l'étendue de l'obligation ne constituèrent plus à elles seules la novation, si l'intention des contractants n'avait été textuellement exprimée à cet égard. Toutefois, ces actes passés avec l'héritier devaient toujours continuer à produire la *mens eligendi*, parce qu'ils ont pour conséquence de conduire le créancier à choisir forcément et exclusivement l'héritier pour débiteur.

Il est évident, d'après cela, que le texte de la loi 1, § 10, aurait dû subir, dans la compilation justinienne, une modification en vertu de laquelle eussent disparu les expressions *animo novandi*, qui mettaient une condition de trop à la déchéance du droit de séparation.

[1] Gaius, III, 77.
[2] Const. 8, C., *De novat.*

Digitized by Google

Quoi qu'il en soit, il est positif que les Romains ne rangeaient point au nombre des actes d'élection celui par lequel le créancier eût fait ses diligences contre l'héritier, pour obtenir le payement de ce qui lui était dû : *quia ex necessitate hoc fecit*[1], et en vertu de cet adage : *Necessitas electionem et consensum non habet*[2].

§ 5. — *Des effets de la séparation.*

25. Nous avons déjà fait ressortir en passant un des caractères les plus tranchés de la séparation : c'est la démarcation profonde qu'elle établit entre les créanciers des deux masses séparées. Chacune des catégories exerce ses prétentions sur la masse à elle attribuée, sans avoir désormais à craindre ou à espérer une confusion qui changerait, au profit de l'une ou de l'autre, la valeur des dividendes affectés au payement de leurs créanciers respectifs.

L'héritier lui-même devient un étranger au regard des créanciers de la succession qui se sont retirés de sa personne et de ses biens; en quoi le bénéfice de séparation modifie profondément les conséquences de l'adition d'hérédité. L'héritier reste, il est vrai, toujours héritier aux yeux de la loi civile; mais il s'opère entre lui et les créanciers du défunt une scission profonde et permanente qui empêche les derniers de revenir sur son patrimoine particulier.

26. Cela posé, il pourra arriver, ou que l'héritier satisfasse les créanciers du défunt sans satisfaire les siens propres, ou réciproquement. Dans la première hypothèse, la séparation cessera de plein droit, puisque ceux-là seuls qui avaient le droit de la demander et d'en profiter, se trouveront désormais sans intérêt pour s'en prévaloir. Avec la séparation disparaîtra aussi cette exclusion des biens de la succession qui pesait sur les créanciers de l'héritier : ils pourront désormais partager entre eux tout ce que les charges héréditaires y ont laissé de disponible. Papinien nous le dit expressément dans la loi 3, § 2 (*De sep.*) : *Quod* SINE DUBIO *admittendum est circa creditores hæredis, dimissis hæreditariis;* et sa manière de voir se trouve confirmée par Paul et par Ulpien[3]. En effet, la séparation n'a pas pour

[1] L. 7, D., *De separ.*
[2] L. 18, D., *De adim. vel transf. leg.*
[3] Paul, L. 5, D., *De sep.*; Ulpien, L. 1, § 17, D., *ibid.*

Digitized by Google

but de priver l'héritier de la succession, ni d'attribuer aux créanciers du défunt plus qu'ils n'auraient eu, si ce dernier avait continué de vivre : la portion de bien restante doit appartenir à l'héritier qui conserve son titre et sa qualité; dès lors, en entrant dans son patrimoine, elle demeure affectée à ses créanciers personnels comme tous ses autres biens propres.

27. Dans la seconde hypothèse, c'est-à-dire lorsque les créanciers de l'héritier sont désintéressés, et que ceux du défunt ne le sont pas, Papinien n'est plus aussi tranchant dans ses expressions : il laisse entrevoir une certaine hésitation dont nous allons tout à l'heure connaître le secret. Voici d'abord comment il s'exprime dans la première partie de la même loi 3, § 2 : *Sed in quolibet alio creditore qui separationem impetravit, probari* COMMODIUS *est, ut si solidum ex hæreditate servari non possit, ita demum aliquid ex bonis hæredis fiat, si proprii creditores hæredis fuerunt dimissi.* Le jurisconsulte veut bien permettre aux créanciers du défunt de profiter des biens de l'héritier, mais cette concession, il se hâte de le dire, n'est pas conforme aux principes rigoureux du droit, et il semble chercher à faire excuser cette infraction par l'utilité (*commodius*) qu'elle procurera aux créanciers.

C'est qu'en effet deux autres jurisconsultes sont loin de partager sa manière de voir. Partant de l'idée que les créanciers qui ont réclamé la séparation se méfient de la personne et du patrimoine de l'héritier (*recesserunt a persona hæredis*), Ulpien, dans la loi 1, § 17 et Paul, dans la loi 5, ne comprennent point que ces derniers puissent venir réclamer des biens qu'ils ont méprisés et dont ils se sont séparés de propos délibéré : *separatio enim..... eos ab istis bonis separavit,* dit énergiquement Ulpien; on leur a accordé un avantage exorbitant, subversif des principes du Droit civil, parce qu'en effet il n'eût pas été juste de leur imposer un débiteur qu'ils n'ont pu connaître ni choisir; mais puisqu'ils l'ont repoussé et qu'ils ont par là justifié les prévisions du préteur, pourquoi leur permettrait-on de revenir sur leurs pas et de se donner un démenti à eux-mêmes et au magistrat? C'est en vain qu'ils allégueront l'ignorance ou l'erreur : car ils devaient se renseigner avant de faire une démarche si flétrissante pour le crédit de l'héritier; sinon ils supporteront toutes les conséquences de la facilité avec laquelle ils se sont rejetés sur les biens de la succession, alors

Digitized by Google

que le patrimoine de l'héritier était bien suffisant : faute qu'on ne peut reprocher aux créanciers de ce dernier.

Telles sont les principales raisons qui ont dicté la décision des deux jurisconsultes, et c'est pour ne pas les avoir suffisamment pesées que l'ancienne jurisprudence française s'est jetée dans une voie tout opposée qui, on peut le dire, a été la ruine du principe de la séparation.

Toutefois, sentant bien qu'une rigueur trop absolue eût été déplacée dans une matière destinée à subvenir à la stricte règle du Droit civil, Ulpien tempère cet excès, en permettant ensuite aux créanciers du défunt de venir prendre le restant des biens de l'héritier, s'ils peuvent établir l'existence d'une erreur inévitable, *justissima ignorantiæ causa allegata*; comme, par exemple, lorsqu'ils ont été trompés sur l'estimation des biens de l'héritier. Mais cette remise, ce pardon, comme on l'appelle, accordé seulement à ceux qui sont victimes d'une erreur ou d'un dol qu'on ne peut leur imputer, est ici plutôt une *restitutio in integrum* qui ne devait naturellement se produire que dans des cas rares et tout à fait exceptionnels [1], et qui n'altérait en rien le principe d'exclusion du patrimoine de l'héritier, principe qui est de l'essence même de la séparation.

28. Les premiers interprètes modernes, pour qui la science du Droit romain consistait principalement à y concilier ce qui est inconciliable, à en effacer les antinomies ineffaçables, ont cru trouver dans la restriction d'Ulpien l'explication de la décision de Papinien, qui n'aurait alors fait allusion qu'au cas d'erreur excusable de la part des créanciers du défunt [2]. Mais le contexte même de la loi 3 rend cette explication tout à fait inadmissible; car Papinien y compare les deux classes de créanciers en présence, en énumérant leurs droits respectifs, et il ne lui serait certes pas venu à l'idée de mentionner une prérogative qui n'existait que dans quelques hypothèses presque irréalisables.

Aussi, passant sous silence quelques autres explications plus ou moins ingénieuses qui ont encore été proposées, nous préférerons, avec Cujas [3], voir ici une antinomie d'autant plus probable, qu'elle est le produit d'une divergence d'opinions qui

[1] Cujas, sur la loi 3, § 2, *in lib. XXVII, Quæst. Papin.*

[2] Entre autres Noodt, *Comm. ad tit. De sep.*, n° 3.

[3] Cujas, *op. et loc. cit.*, et sur la même loi 3, § 2, *in lib. XIII, Quæst. Pauli.*

Digitized by Google

paraît avoir séparé plus d'une fois les mêmes jurisconsultes : comme semblent le prouver les expressions *quidam putant* de la loi 5, D., *h. t.*, et *quidam dicebant* de la loi 40, D., *De reb. cred.*, où Paul fait certainement allusion à Papinien, lequel prend sa revanche à son tour dans la loi 6, *pr.*, D., *De serv. export.*; et alors, nous aussi de nous écrier avec l'interprète perspicace, le jurisconsulte éminent, notre maître à tous : *Pugnant hæ leges, nec ulla ratio componendi dissidii !*

SECTION II.

De la séparation des patrimoines d'après l'ancienne jurisprudence française.

§ 1. — *Du caractère et de la procédure de la séparation.*

29. C'est dans cette période de notre droit que la séparation commence à revêtir un caractère nouveau et différent de celui que nous avons connu jusqu'ici. D'une part, en effet, elle ne se présente plus comme un accessoire obligé de la mise en vente des biens du débiteur ; et de l'autre, on ne la retrouve plus appliquée à d'autres biens qu'à ceux qui font partie des successions. Lebrun [1] parle encore, il est vrai, des créanciers du pécule castrense; mais ce n'est plus là qu'un souvenir accordé aux traditions romaines, à une institution que la disparition de l'esclavage romain avait dû effacer parmi nous. Le droit de séparation peut donc désormais aussi être invoqué principalement, et comme mode d'action propre à assurer aux créanciers héréditaires le payement de leurs prétentions.

Mais ceux-ci seront obligés, au préalable, de se pourvoir auprès de la chancellerie, aux fins d'obtenir, moyennant finances, des *lettres royaux* [2].

30. Toutefois, ce dernier vestige de la procédure romaine, cette prérogative spéciale du souverain, imitation de celle du préteur, et qui avait été étendue à plusieurs autres matières encore, telles que le bénéfice d'inventaire et les actions en rescision, devait disparaître à son tour pour la séparation, par suite de cette réaction perpétuelle des parlements contre l'autorité royale. Ainsi Argou, dans ses *Institutions* [3], nous apprend que

[1] Lebrun, *Traité des successions*, liv. IV, ch. 2, sect. 1, n° 21.

[2] Leprestre, *Quest.*, cent. I, ch. 75, n° 16 ; Bugnyon, *Des lois abrogées*, liv. VI, ch. 113.

[3] *Instit. au Droit franç.*, liv. IV, ch. 4.

Digitized by Google

la pratique de ces lettres n'était plus observée que dans quelques parlements de droit écrit, comme ceux de Toulouse, de Grenoble et d'Aix, plus fidèles à ce qui avait une origine romaine; que dans le parlement de Paris, au contraire, la sépation se faisait de plein droit; et Ferrières, dans ses observations sur Bacquet, ainsi que Guy du Rousseau de Lacombe[1], nous attestent que les lettres n'étaient plus du tout en usage de leur temps. C'est encore à quoi fait allusion Basnage[2], quand il écrit : « Suivant nos usages, il n'est point besoin de demander » la séparation....; » et Lebrun[3] : « ..... La séparation est de » plein droit parmi nous, et non sujette à demande. » La chose disparut, mais le mot resta; et tous les auteurs, même encore aujourd'hui, continuent à se servir de la locution *demande en séparation*, qui, déjà détournée alors de la signification qu'elle pouvait avoir en Droit romain, n'en a plus aucune de nos jours, et doit être évitée.

31. Si la jurisprudence n'admit jamais de séparation qu'en matière de succession, il faut cependant reconnaître qu'elle tendait, même dans cette limite, à en généraliser singulièrement les applications. La loi 1, § 2, D., *De sep.*, qui refusait si péremptoirement, mais aussi avec tant de raison, la séparation aux créanciers de l'héritier (n° 4-2°), ne fut que difficilement acceptée chez nous; *cette subtilité n'a pas été goûtée dans notre usage*, disait Domat[4], peut-être en suite de la règle qui voulait que les créanciers personnels de l'héritier fussent préférés aux créanciers du défunt dont les titres n'avaient été rendus exécutoires contre l'héritier que postérieurement à la constitution des priviléges et hypothèques au profit des créanciers personnels[5]. Ce motif, s'il est le véritable, est loin de suffire à nos yeux, et il justifierait encore moins l'extension que donna à ces principes le parlement de Provence en accordant, par un arrêt du 6 avril 1653, rapporté par Boniface[6], la séparation des patrimoines même aux légataires de l'héritier.

[1] Bacquet, *Des droits de just.*, ch. XXI, n° 426; Guy du Rousseau, *Jurispr.*, v° *Séparat.*, n° 5.

[2] *Des Hypothèques*, ch. XIII.

[3] *Des Successions, loc. cit.*, n° 24.

[4] *Lois civiles*, liv. III, tit. 2, sect. I, n° 1.

[5] Brodeau, *sur Louet*, lettre H, n° 19, 3°; Raviot, *sur Périer*, quest. 291; Basnage, *Des hypoth.*, ch. XIII.

[6] T. II, liv. IV, tit. 3, ch. 7.

Digitized by Google

Lebrun s'est élevé avec force contre cette jurisprudence, et a fait ressortir tout le danger qu'elle présentait, en laissant la porte ouverte aux fraudes et aux collusions entre l'héritier et ses créanciers. Ceux-ci effectivement, en s'entendant ensemble, pouvaient faire séparer à son profit une hérédité qu'il avait reconnue trop tard être obérée, et rendre ainsi son acceptation complétement illusoire. L'opinion de l'éminent jurisconsulte est partagée par beaucoup d'autres auteurs, notamment par Rousseau de Lacombe [1], Henrys [2], d'Espeisses [3] et Lemaistre [4].

32. On ne rencontre plus ces divergences d'opinions sur le point de savoir s'il faut accorder aux créanciers le droit de révoquer les acceptations de l'héritier, leur débiteur, faites en fraude de leurs droits; seulement Lebrun [5] fait remarquer que ces cas sont très-rares, et que le titre du Digeste *Quæ in fraudem creditorum* n'est pas en usage en France.

33. Relativement à la prescription, les auteurs sont encore très-peu d'accord pour admettre le délai des cinq ans du Droit romain; la plupart de ceux des pays de coutume penchent vers la négative, parce qu'on y tenait pour maxime que toutes les prescriptions de la législation romaine devaient être regardées comme abolies, à moins d'avoir été adoptées par les coutumes ou les lois nationales [6]. D'autres distinguent entre les meubles et les immeubles, en rejetant cette prescription pour les derniers, et en l'appliquant aux premiers dans certains cas seulement (V. n° 98).

Les pays de droit écrit et la Belgique, religieusement attachés aux traditions romaines, adoptèrent seuls, d'une manière absolue, la prescription quinquennale [7]. Et c'est par application de ces principes que la Cour de cassation a jugé que, sous la coutume de Cambrai (province belge), l'action en séparation se prescrivait par cinq ans, qui couraient du jour de l'ouverture

[1] *Op. cit.*, *v° Séparat.*, n° 1.

[2] T. I, liv. IV, quest. 28.

[3] *Des contrats*, 3e part., tit. 2, sect. 5, n° 12.

[4] Sur l'article 335 de la *Cout. de Paris.*

[5] *Op. et loc. cit.*, n° 21.

[6] Domat, *op. cit.*, sect. 2; Cujas, *ad Afric.*, n° 9, et *Observ.* 140; Lebrun, *loc. cit.*, n° 24; Pothier, *Des success.*, ch. V, art. 4.

[7] V. entre autres : d'Espeisses, *Des contrats*, 3e part., tit. 2, sect. 5, n° 16; Argou, *Instit. au droit franç.*, liv. IV, ch. 4; Pérez, *ad Cod.*, liv. VII, tit. 72, n° 20; Regnerus, *Censura belgica*, *ad tit. De separat.*

Digitized by Google

de la succession, par application de la maxime *le mort saisit le vif*[1].

Au surplus, il paraît, au dire de Dupérier[2], que ce point était d'une application pratique on ne peut plus rare.

34. Conformément aux idées romaines, on n'admet pas non plus ici la séparation, lorsque les choses ne sont plus entières, par suite, soit de l'aliénation opérée par l'héritier des biens de la succession, soit de leur confusion avec ses biens personnels, soit enfin de l'acceptation que les créanciers ont faite de la personne de l'héritier pour débiteur. (V., sur tous ces points, nos 21 à 24 pour le droit romain, et nos 73 à 97 pour le droit français actuel)

35. Un point qui nous frappe dans toute cette partie de notre étude, c'est que l'on trouve toujours la jurisprudence unique appréciatrice de toutes les questions que soulève la matière : on discute si telle loi romaine devra ou non être observée, et le bon plaisir des juges est souverain arbitre du plus ou moins d'extension que son application devra recevoir. La raison en est bien simple : c'est que toutes les coutumes sont complétement silencieuses sur la séparation des patrimoines. Il y a mieux : à en croire Raviot[3], le mot *séparation* lui-même, dans les textes du droit coutumier, ne devrait jamais s'entendre que de la dissolution de la société conjugale, parfaitement inconnue aux Romains.

En présence de ce mutisme désespérant, il ne restait aux magistrats qu'à estimer si le principe de la séparation était ou non compatible avec les caractères des coutumes en vigueur ; et il paraît que celle du Hainaut était à peu près la seule où l'incompatibilité ait été reconnue d'une manière absolue, si du moins l'on s'en rapporte au témoignage de Pollet[4], et comme cela résulterait d'un arrêt du parlement de Flandre, du mois de juin 1672.

§ 2. — *Des effets de la séparation.*

36. Ici la jurisprudence se sépare complétement de la législation romaine, qu'elle a la prétention de suivre, et dont elle

[1] Cass., 9 avril 1816 (Sirey, *Collection nouvelle*, t. III, part. I, p. 172).
[2] *Décisions*, liv. IV, n° 345.
[3] *Quest.* 291; observat. 1.
[4] Part. III, § 112.

Digitized by Google

est ailleurs si souvent servile imitatrice. Ce revirement est dû, nous allons essayer de le démontrer, à la fameuse controverse entre Ulpien et Papinien (nos 26 à 28), controverse qui, pour avoir été mal comprise, a dénaturé à tout jamais l'antique et véritable esprit de la séparation des patrimoines.

A partir de quelle époque ce changement s'est-il produit? C'est ce que nous ne pouvons dire; car en interrogeant le peu de documents que nous ont laissés sur cette matière les auteurs de l'époque, on les trouve tous se copiant les uns les autres, et citant des lois romaines, la plupart du temps sans les commenter et sans étayer leurs propres opinions sur des motifs sérieux et juridiquement exacts.

37. Tous ont donné un certain développement à l'exposition de cette divergence remarquable, et dont les textes offrent malheureusement trop d'exemples; peu d'entre eux en ont saisi le véritable esprit et déduit des conséquences que n'auraient désavouées les Romains eux-mêmes. D'Espeisses, jurisconsulte des pays de droit écrit, est le seul, à notre connaissance, qui en ait donné une appréciation conforme à la nature des choses : « Celui qui a demandé telle séparation de biens, dit-il, s'est » départi de la personne de l'héritier et a suivi seulement les » biens du défunt; mais les créanciers propres de l'héritier ont » suivi, non-seulement les biens propres de l'héritier, mais » aussi la personne qui peut acquérir tant qu'elle aura vie[1]. » Pour cet auteur, l'opinion de Papinien doit être entendue *de æquitate;* celle de Paul et d'Ulpien, *de rigore juris.*

Ce sont là des idées toutes simples, dira-t-on, et qui ne sont en réalité qu'une paraphrase des textes romains eux-mêmes... D'accord; mais voyez plutôt Lebrun, comment il explique la décision de Papinien, du grand jurisconsulte, dont pour lui *l'autorité était un contre-poids suffisant contre tous les autres :* « La séparation obtenue par les créanciers du défunt, » écrit-il, « *n'était pas capable d'effacer l'adition ou l'immixtion de l'hé-* » *ritier*, et ne servait pas d'exception à la maxime *qui semel* » *heres nunquam desinit esse heres*[2]. »

Comprend-on que dans l'esprit des jurisconsultes romains, de ces maîtres dans l'art de poser les principes et d'en déduire

[1] *Des contrats*, 3e part., tit. II, sect. 5, n° 9.
[2] *Op. cit.*, n° 26.

Digitized by Google

les conséquences jusqu'à leurs extrêmes limites ; comprend-on que dans l'esprit de ces logiciens judicieux, excluant impitoyablement de la séparation les créanciers qui ont suivi la foi de l'héritier ; comprend-on, dis-je, que cette séparation ne détruise point l'adition d'hérédité et laisse le créancier de l'héritier créancier de la succession dont on vient de le séparer? Comprend-on que la séparation, avec ses effets collectifs, sépare les biens du défunt de ceux de l'héritier, mais ne sépare pas les biens de l'héritier de ceux du défunt?... c'est-à-dire que les Romains auraient imaginé une séparation qui, en définitive, ne séparait rien du tout?...

Eh bien ! c'est cette malheureuse idée et ses conséquences que nous voyons répétées à l'envi par tous les auteurs de cette époque : Guy du Rousseau [1], Ferrières [2], Lemaistre [3], de Montvalon [4] et bien d'autres. Ce que Papinien énonçait comme une dérogation à la rigueur du droit commandée par l'équité, on le transforme en un système complet, organisé sur des bases nouvelles : l'adition d'hérédité marchant de front avec la séparation, on est conduit à dire que celle-ci ne concerne plus l'héritier, qu'elle est dirigée uniquement contre ses créanciers, et qu'elle aboutit en somme à une simple préférence entre deux classes de créanciers : ceux du défunt à l'encontre de ceux de l'héritier. Système hybride, qui n'ose être rigoureux et qui est inconséquent !... Aussi maintenant nous avons la clef de cette règle de Loysel, qui pourrait paraître si singulière en la rapprochant des textes romains : « Et néanmoins en séparation de » biens les créanciers chirographaires du défunt sont préférés » à tous les créanciers de son héritier [5]... » Et celle d'un passage de Bourjon, où il qualifie expressément la séparation de privilége [6].

Si nous interrogeons à présent Pothier, qui nous représente toujours fidèlement le dernier état de la jurisprudence française avant la révolution, nous le voyons sacrifier aux idées de son temps et suivre en tous points la doctrine de ses devanciers :

[1] Sur d'Espeisses, *loc. modo cit.*, et *Jurispr.*, *v° Séparat.*, n° 6.
[2] Sur l'article 383 de la *Cout. de Paris.*
[3] Sur l'article 335 de la *Cout. de Paris.*
[4] *Des success.*, ch. III, art. 17.
[5] *Instit. coutum.*, t. VII, r. 494.
[6] *Des success.*, 2e part., ch. XII, n° 28.

Digitized by Google

« La séparation de biens introduite en leur faveur, » dit-il en parlant des créanciers de la succession, « ne doit pas être ré» torquée contre eux; en la demandant, *ils n'ont pas eu l'inten» tion de libérer l'héritier de l'obligation contractée envers eux, » par l'acceptation de la succession, mais seulement d'être pré» férés sur ces biens aux créanciers de l'héritier*[1]. » C'est toujours la séparation réduite à une simple cause de préférence, par suite du maintien contradictoire de ces deux principes incomparables : saisine et séparation. Il n'y a de patrimoines séparés que pour empêcher le concours au marc la livre, il n'y en a point pour empêcher le concours par ordre de priviléges des deux classes de créanciers, lesquelles ne sont plus séparées que l'une à l'égard de l'autre et non plus à l'égard de l'héritier. Bref, on peut résumer toute la théorie de Pothier de la manière suivante : *Dans le concours sur les biens de la succession, les créanciers du défunt sont préférés aux créanciers de l'héritier; mais dans le concours sur les biens de l'héritier, les créanciers de l'héritier sont préférés aux créanciers du défunt.*

Tout cela peut bien constituer un système, et un système assez conséquent dans toutes ses parties; aussi ne lui ferons-nous pas le reproche que lui adresse M. Bugnet, dans ses annotations sur cet auteur[2], d'avoir conservé la saisine à l'héritier, et cependant de préférer, sur ses biens propres, les créanciers de ce dernier à ceux de la succession; car pour Pothier la séparation n'existait pas à l'encontre de l'héritier, mais seulement de ses créanciers. C'était là un motif suffisant pour l'opposer aux créanciers de la succession, lorsqu'il s'agit du patrimoine de l'héritier, tout aussi bien qu'on l'opposerait aux créanciers de l'héritier, lorsqu'il s'agit du patrimoine du défunt. La conséquence est logique; mais combien nous sommes loin maintenant de l'antique séparation romaine, et combien il serait difficile à présent de mettre comme alors, dans la bouche des créanciers héréditaires, ces paroles significatives[3] : *Bona Seii sufficere sibi; creditores Titii contentos esse debere bonis Titii!...*

38. Quoi qu'il en soit, avec ces caractères, la séparation a dû

[1] Introd. au tit. XVII de la *Cout. d'Orléans*, n° 127, et *Traité des success.*, ch. V, art. 4.

[2] T. VIII, p. 221, note 11 de son édition.

[3] L. 1, § 1, D., *De separat.*

Digitized by Google

avoir fort peu d'application pratique, et il ne faut pas s'étonner que le président Favre[1] rapporte que de son temps quelques praticiens la croyaient abrogée par l'introduction du bénéfice d'inventaire; car, d'un côté, elle ne pouvait avoir d'utilité absolue que pour les biens non susceptibles d'hypothèque, et quelques coutumes admettaient l'hypothèque, même sur les meubles; de l'autre côté, même pour les biens susceptibles d'hypothèque, elle n'était réellement utile qu'aux créanciers chirographaires du défunt ou aux créanciers hypothécaires primés par une hypothèque générale des créanciers de l'héritier, antérieurs en date. Encore Lebrun[2] est-il, à notre connaissance, le seul auteur qui admette la nécessité de la séparation dans cette dernière hypothèse; la plupart des autres pensaient, au contraire, que les biens de la succession, n'arrivant à l'héritier que grevés des hypothèques consenties par le défunt, la séparation dans les mains des créanciers hypothécaires de celui-ci devenait sans objet, puisque de toutes manières ils devaient primer ceux de l'héritier, même antérieurs en date[3].

C'est aussi dans cette dernière hypothèse seule, c'est-à-dire quand il existe au profit de créanciers de l'héritier des hypothèques générales antérieures à l'ouverture de la succession, que la séparation présente quelque avantage aux légataires du défunt, puisque ceux-ci jouissaient d'une hypothèque légale qui prend rang à partir du décès du *de cujus*, et aussi aux créanciers chirographaires, auxquelles certaines coutumes conféraient le même privilége[4]. Toutefois, c'était là un droit exceptionnel; car la majorité des coutumes n'osaient pas changer ainsi la position des créanciers, par suite du décès de leur débiteur.

[1] *De err. pragm.*, déc. II, err. 2.

[2] Lebrun, *op. cit.*, n° 12.

[3] Tel était le sentiment de Legrand, sur l'article 83 de la *Coutume de Troyes*, gl. III, n° 16; Basnage, *Des hypoth.*, 2e part., ch. XIII; d'Héricourt, *De la vente des immeubles*, ch. 11, sect. 2, n° XI; Pothier, *Des successions*, *loc. cit.*

[4] L'article 136 des *Placités* du parlement de Normandie portait : « Toute » obligation a hypothèque du jour du déceds de l'obligé, encore qu'elle ne » soit reconnuë ny contrcllée..... » (6 avril 1669). Et la Coutume de Bourgogne contenait des dispositions analogues.

Digitized by Google

SECTION III.

De la séparation des patrimoines d'après le Droit intermédiaire. (1789-1804.)

39. Dans cette période toute transitoire, il ne semble pas que la séparation ait en aucune façon occupé les législateurs d'alors, trop absorbés par l'intérêt brûlant des questions politiques du jour. La première loi qui organisa un système hypothécaire, celle du 9 messidor an III, et qui du reste ne fut jamais en vigueur, passait notre matière complétement sous silence. La loi du 11 brumaire an VII, le véritable Code hypothécaire de l'époque, ne contenait à cet égard qu'une disposition malheureusement bien laconique. L'article 14, après avoir énuméré l'ordre des priviléges et hypothèques, se terminait par la phrase suivante :

« ..... Le tout sans préjudice du droit qu'ont les créan-
» ciers des personnes décédées et les légataires, de demander
» la distinction et la séparation des patrimoines, conformément
» aux lois. »

Ainsi le législateur de cette époque n'entendait introduire aucune innovation; il s'en rapportait purement et simplement aux anciens usages en cette matière, et qui survivaient seuls par conséquent à tout le système successoral que la tourmente révolutionnaire avait emporté.

Aussi est-on, à notre avis, bien entré dans ses vues, en décidant entre autres que le délai de cinq ans pour la déchéance de la *demande* en séparation, délai qui n'était pas observé autrefois en France, ne devait pas l'être non plus sous la loi de brumaire; que l'action en séparation de patrimoines devait durer trente ans, d'après le droit commun [1], et qu'elle n'était pas éteinte par la circonstance que le créancier aurait reçu des intérêts de l'héritier [2]; décisions que n'aurait, à coup sûr, pas reniées l'ancienne jurisprudence elle-même (nos 33 et 34).

40. Pourtant, la révolution qui venait de s'opérer dans le régime hypothécaire, devait naturellement influer sur les effets du droit de préférence, que l'ancienne jurisprudence faisait découler du bénéfice de la séparation.

[1] Rouen, 11 germinal an XI (Sir., *Coll. nouv.*, 1, II, 126).
[2] Paris, 14 floréal an XI (Sir., *Coll. nouv.*, 1, II, 135).

Digitized by Google

Ainsi, sous l'empire de la loi nouvelle qui attachait d'une manière absolue la préférence à la priorité d'une inscription, les créanciers du défunt, hypothécaires ou non, avaient le plus grand intérêt à se hâter de faire leur demande; car ils pouvaient par là acquérir la priorité sur les créanciers hypothécaires de l'héritier, dont le titre était antérieur à l'ouverture de la succession, mais qui n'avaient fait inscrire qu'après la demande en séparation; aussi dut-elle acquérir alors une plus grande importance. Mais il ne paraît pas que la loi de brumaire ait donné au créancier chirographaire du défunt les moyens de primer le créancier hypothécaire de l'héritier inscrit antérieurement; il eût fallu pour cela ériger la séparation en privilége. Il existe aujourd'hui une opinion qui croit fermement que le Code Napoléon a réalisé cette idée, et nous démontrerons plus loin sur quelles bases fragiles elle repose. Mais en tous cas, si la question peut faire naître quelque doute sous la législation qui nous régit actuellement, elle n'en peut faire naître certainement aucun sous la loi de brumaire, qui, loin de regarder la séparation comme un privilége, ne l'a mentionnée que comme une dérogation aux priviléges dont l'ordre, en certains cas, peut se trouver modifié par elle, et qui, enfin, ne l'assujettit nullement à l'inscription, alors que, dans son système, tout droit réel devait être inscrit. La simple inspection de l'article 11, dans son énumération limitative qu'il fait des priviléges en omettant comme ci-dessus le droit de séparation, nous montre assez que, pour les rédacteurs de la loi, jamais la séparation n'a eu les honneurs de ces priviléges.

41. C'est ce que reconnut la Cour de cassation à cette époque; elle décida en conséquence que le droit n'était point assujetti à l'inscription, et pouvait être opposé par des immeubles sur lesquels les créanciers de l'héritier avaient ultérieurement pris inscription; jurisprudence qui fut maintenue même en faveur des demandes en séparation, formées après la promulgation du Code Napoléon, lorsque la succession s'était ouverte auparavant[1].

Mais on ne s'en est pas tenu là; la Cour a accordé encore à la séparation la priorité sur des créanciers, même antérieure-

[1] Cass., 8 mai 1811 (Sir., *Coll. nouv.*, 3, I, 843); Cass., 8 novemb. 1815 (S., *Coll. nouv.*, 5, I, 107).

Digitized by Google

ment inscrits[1]; solution très-contestable, selon-nous; car de deux choses l'une : ou la loi de brumaire a fait de la séparation un privilége, et alors il fallait la soumettre à l'inscription; ou elle ne l'a pas fait, et alors il ne saurait y avoir au profit des créanciers du défunt aucune priorité sur les créanciers hypothécaires de l'héritier, inscrits avant la demande. Car tel n'a pas pu être le but de la loi, puisque, encore une fois, elle ne considérait le droit de séparation que comme étant de nature à modifier les rapports des créanciers de la succession avec les créanciers hypothécaires ou privilégiés de l'héritier, dont les titres étaient postérieurs en date, et avec les créanciers chirographaires de cet héritier, sans distinction d'ancienneté.

C'est là tout. En voulant aller plus loin on tombait dans une inconséquence injustifiable.

SECTION IV.

De la séparation des patrimoines d'après le Code Napoléon.

42. Notre Code présente ici le spectacle de la législation la plus incohérente que l'on puisse imaginer. Dans le titre *Des successions*, quatre articles fort courts semblent reproduire plus ou moins fidèlement les principes proclamés et pratiqués par le Droit romain. On y voit figurer l'expression *demande en séparation*, qui ferait songer à un système collectif et exclusif quant à la personne et aux biens de l'héritier, si cette première idée n'était aussitôt démentie par un texte qui réserve à l'héritier, en termes très-clairs, le droit de disposer des biens de la succession. On croit y retrouver aussi cette séparation de la personne de l'héritier, séparation qu'une reconnaissance fait évanouir, comme dans le système de la jurisprudence classique des Romains, si une autre disposition ne venait immédiatement détruire cette autre idée, en nous disant que la séparation n'est point dirigée contre l'héritier, mais *contre tout créancier*, et ne nous reportait ainsi aux théories de l'ancienne jurisprudence française, mises en honneur si mal à propos par Pothier et plusieurs autres.

Mais ce qui achève de convaincre qu'aucune réminiscence

[1] Cass., 8 septembre 1806 (S., *Coll. nouv.*, 2, I, 189); Cass., 17 octobre 1809 (S., *Coll. nouv.*, 3, I, 113).

Digitized by Google

du Droit romain n'a guidé les rédacteurs de notre Code, c'est, au titre *Des priviléges et hypothèques*, un article unique, isolé et comme perdu au milieu de textes avec lesquels il n'a au premier abord aucune liaison juridique; article qui apporte une condition de droit nouveau à l'exercice et à la conservation de la séparation. Une inscription hypothécaire sera dorénavant exigée sur les immeubles de la succession, absolument comme s'il s'agissait des autres priviléges, parmi lesquels on a pourtant affecté de ne point la ranger.

Si nous avions à juger ici cette législation, nous aurions à juste titre le droit de lui reprocher cette absence d'unité, de liaison dans les idées que dénote une incertitude fâcheuse dans l'esprit de ses auteurs; mais telle n'est pas notre tâche. Expliquer et non critiquer, concilier et non innover, voilà le but que nous nous efforcerons d'atteindre dans ce petit traité, et nous nous flattons d'y être resté fidèle, malgré les ingénieuses conceptions et les séduisantes théories que nous offrait souvent le vaste champ de la doctrine, où il nous était facile de puiser des systèmes tout faits.

43. Quand on consulte les travaux préparatoires du Code sur cette matière, on est étonné du peu de lumières qu'on y trouve; la discussion au Conseil d'État est nulle; les articles sont adoptés presque sans observation, et les rares changements qu'on se hasarde à faire subir à l'un ou à l'autre d'entre eux, ne visent qu'à une correction grammaticale[1], plus destinée à satisfaire l'oreille que l'esprit. Et pourtant, s'il y avait un sujet qui exigeât des développements, c'était bien celui-ci; car enfin, en présence de toutes les controverses dont il est hérissé, et qui remontent pour la plupart au temps des Romains, il fallait pourtant nous dire ce que l'on avait voulu, quel était le système auquel on s'était rattaché et que l'on avait en vue de faire prévaloir.

Les législateurs ne s'étant pas prononcés, ce fut à qui, parmi les auteurs, leur prêterait le système le plus conforme à sa manière de voir personnelle, et en même temps le plus compatible avec les textes qui avaient dû traduire leur pensée. Nous ne prétendons point présenter un tableau de toutes les théories doctrinales qui ont surgi à ce propos, cette exposition fasti-

[1] V. Locré, *Législation*. t. XVI, 2e part., comm. VII, n° 8.

Digitized by Google

dieuse et d'un médiocre intérêt nous obligerait à faire une réfutation *in extenso* de chacune d'entre elles; il nous a paru plus avantageux de la faire en détail, isolément, au fur et à mesure qu'en développant, dans la seconde partie de ce travail, la théorie que nous croyons la plus conforme au texte et à l'esprit du législateur, nous aurons occasion de signaler en même temps les divergences qu'elle présente avec celles de nos adversaires. Nous n'esquisserons donc ici que les points saillants des principaux systèmes, proposés aujourd'hui par les commentateurs du Code Napoléon.

44. Trois grands systèmes généraux peuvent être présentés sur la séparation des patrimoines.

Premier système. — A ne considérer dans le Code que les dispositions insérées au titre *Des successions*, on peut prôner le système collectif de la séparation avec un administrateur comptable, différent ou non de la personne de l'héritier, avec la cessation du principe de la saisine et une séparation si absolue entre les deux masses qu'elles ne pourront plus avoir de rapport entre elles, et que dans le cas où les créanciers de la succession ne trouveraient pas de quoi se faire intégralement payer sur les valeurs de cette dernière, ils ne pourraient, en aucun cas, recourir sur les biens de l'héritier; mais alors il faut faire abstraction des articles 2111 et 2113 (Code Nap.), qui montrent sans équivoque que certains créanciers conservent un droit de préférence vis-à-vis de certains autres, et par là même supposent un concours entre les deux masses. Mais alors il faut encore faire abstraction de l'article 878 (Code Nap.), d'après lequel la séparation se demande contre les créanciers et non contre l'héritier, qui reste donc tenu d'acquitter intégralement toutes les dettes, tant celles qui procèdent de son chef que celles qui proviennent du défunt, et que son acceptation a assimilées aux autres; — et enfin de l'article 2146 du Code Napoléon, qui prive de tout effet les inscriptiens hypothéacires entre créanciers d'une succession bénéficiaire, voulant par là les soumettre à un régime collectif et uniforme, et qui décide implicitement aussi que ces inscriptions ne seront pas sans effet, qu'il n'y aura qu'une séparation individuelle, lorsque la succession est acceptée purement et simplement.

Ces raisons sont décisives, et nous ne sachions pas qu'aucun auteur ait songé à défendre un semblable système; et au sur-

Digitized by Google

plus il faut s'applaudir de ce que le législateur, qui ne paraissait pas bien fixé sur le choix à faire, à l'époque de la rédaction des articles 878 et suivants, ait clairement manifesté, au titre *Des priviléges et hypothèques*, sa préférence pour la séparation individuelle. L'expérience a fait justice à présent de tous ces systèmes d'administration en masse, où les frais de gestion absorbent la partie la plus nette de l'actif du débiteur, quand la mauvaise foi de l'administrateur gratuit n'a pas déjà fait disparaître le mince dividende auquel les créanciers avaient droit, ruinant ainsi l'un sans désintéresser les autres.

44 *bis*. *Deuxième système*. — En présence de l'incohérence que présente le système précédent, une nouvelle école s'est formée, école qui a recruté le plus d'adeptes dans ces derniers temps, et qui répudie les traditions de tous les auteurs ses devanciers. Pour elle, le législateur, au titre *Des priviléges et hypothèques*, a tergiversé et abandonné l'échafaudage dressé par lui au titre *Des successions;* il se serait alors rejeté sur le système hypothécaire, comme pouvant seul protéger efficacement les intérêts des créanciers héréditaires, imitant en cela certaines coutumes de l'ancienne France, et les dépassant même, puisqu'il aurait érigé en privilége ce dont les coutumes n'avaient fait qu'une hypothèque. D'après cela, le créancier du défunt serait *ipso facto* par la seule inscription qu'il aurait prise en vertu de l'article 2111, privilégié sur tous les immeubles de la succession, non-seulement à l'égard de l'héritier, entre les mains duquel ils se trouvent frappés d'une inaliénabilité complète, mais encore à l'égard des tiers détenteurs, exposés à toutes les rigueurs du droit de suite.

La réfutation d'un système en opposition si flagrante avec tous les textes de notre Code, ne nous sera pas bien difficile, et si nous la présentons avec quelque développement, c'est que plusieurs jurisconsultes éminents n'ont pas dédaigné d'y attacher leur nom, et qu'un certain nombre d'arrêts l'ont sanctionné dans la pratique [1].

[1] Delvincourt, t. II, p. 178; Duranton, XIX, 221 et suiv.; Poujol, *Des success.*, sur les articles 878 à 881, nos 14 et suiv.; Hureaux, *Étud. sur le Code civil*, t. II, nos 414 et suiv.; Blondeau, *De la sép. des patr.*, p. 477 et 480; Lulé-Dejardin, *Traité de la sép. des patr.*, n° 41; Genty, *De la nature légale de la sép. des patr.* (*Revue crit. de législ.*, t. VIII, p. 344 et suiv.).

Nimes, 19 février 1829 (S., *Coll. nouv.*, 9, II, 214). — Bourges, 20 août

Digitized by Google

C'est pour nous un point d'une évidence parfaite que le seul objet de la séparation des patrimoines est d'empêcher la confusion des biens de la succession avec ceux de l'héritier, au détriment des créanciers du défunt, et de les affecter en gage à ces derniers pour l'acquittement des dettes dont elle était grevée, en vertu du principe doctrinal de l'article 2093, qui répute les biens d'un individu gage commun de ses créanciers. Mais tout le monde admet, je crois, que le gage dont il est question dans cet article n'est pas ce droit réel si voisin de l'hypothèque, et qui confère au créancier un véritable droit de suite à l'encontre des tiers [1]. Ainsi la séparation ne change ni la position respective des créanciers de la succession, ni la nature de leurs créances ; elle n'a d'effet que contre les créanciers de l'héritier, comme le fait d'ailleurs entendre très-bien M. Tarrible, dans son *Répertoire* [2], en écrivant : « La séparation des patrimoines » est absolument distincte et indépendante du système hypo- » thécaire, et ce que l'article 2111 appelle privilége ne peut » être autre chose que le droit de se faire payer sur les immeu- » bles de la succession, par préférence aux créanciers person- » nels de l'hérédité. »

Nous savons bien que plusieurs de nos adversaires, en rapprochant les articles 873 et 1017 de l'article 2111, pensent que si les héritiers sont tenus des dettes et charges de la succession, personnellement pour leur part contributoire et hypothécairement pour le tout, les créanciers, en satisfaisant aux conditions requises pour assurer le droit de séparation, auront acquis le privilége de se faire payer sur le prix de l'immeuble successoral, en quelques mains qu'il se trouve ; que l'article 1017 accordant déjà une hypothèque aux légataires, il eût été irrationnel et injuste d'investir les créanciers d'un droit inférieur, d'un privilége dépourvu du droit de suite et réduit à un simple droit de préférence ; que l'article 2111 doit, pour s'interpréter, être rapproché de l'article 873, et que l'explication du terme *privilége* du premier des deux se trouve naturellement dans les mots *hypothécairement pour le tout* du second, lequel n'avait fait que mentionner d'une manière générale le droit hypothé-

1832 (S., 1833, II, 635). — Bordeaux, 14 juillet 1836 (S., 1837, II, 229). — Orléans, 22 août 1840 (S., 1841, II, 513).

[1] C. Nap., art. 2102-1°.

[2] *V° Privilége de créance.*

Digitized by Google

caire qui compète aux créanciers du défunt. Mais nous croyons que c'est faire un étrange abus des mots *hypothécairement pour le tout*, en soutenant que la position du créancier se trouverait par là modifiée et améliorée par la mort du débiteur, c'est-à-dire par un événement tout à fait en dehors de ses prévisions, et auquel il eût été peu convenable de l'intéresser. L'article 873 ne dit point que le décès rendra hypothécaires de plein droit les créanciers de la succession; il dispose seulement pour le cas où le créancier aura acquis une hypothèque, du chef du défunt, antérieurement à l'ouverture de la succession, et introduisant ainsi une exception au principe de la divisibilité des dettes, proclamé par l'article 1221-1°, il lui permet de venir exercer cette hypothèque, nonobstant le cas où la somme ainsi garantie excéderait la part contributoire de l'héritier dans le passif de la succession. — Quant à l'objection tirée de l'article 1017, elle ne nous embarrasse pas beaucoup; car les légataires auxquels le testament du défunt a conféré seulement un droit de créance n'ont pas pu exiger des sûretés du testateur comme les autres créanciers qui ont contracté avec lui de son vivant. Il importait que la loi vînt à leur secours et leur donnât ce qu'ils n'ont pu se procurer eux-mêmes. Cette hypothèque, d'ailleurs, a une application très-restreinte, comme nous le verrons plus tard (nos 63 et 63 *bis*); et si, en effet, des légataires peuvent être payés au détriment des créanciers, ce ne seront jamais parmi ceux-là que les légataires particuliers, les légataires universels ou à titre universels étant tenus du payement des dettes en proportion de leur émolument [1].

Cependant on insiste et l'on dit : Vous craignez que le décès du débiteur ne favorise les créanciers, et vous tolérez qu'il empire leur position; vous les abandonnez complétement au caprice du hasard, qui transmettra la succession à un héritier de mauvaise foi, ou tout au moins imprudent et dissipateur, et vous les laissez désarmés contre toutes les aliénations qu'il jugera à propos de faire, puisqu'ils n'ont plus d'action dès que le bien est sorti du patrimoine de cet héritier; et ce résultat, continue-t-on, est d'autant plus injuste que les créanciers n'ont pas contracté avec le débiteur héritier, mais avec le défunt seul, sur lequel ils ont pu prendre toutes les informations nécessaires

[1] C. Nap., art. 1009 et 1012.

Digitized by Google

touchant sa solvabilité et sa moralité... — Cela se peut; mais nous répéterons encore qu'il était impossible de protéger ainsi les créanciers chirographaires de la succession à l'égard des créanciers hypothécaires. Leur position ne mérite nullement le même intérêt. La séparation n'a pas été établie dans le but de les soustraire à un danger qui les menaçait déjà du vivant de leur débiteur; sans doute, le décès de ce dernier pouvait empirer leur position si l'héritier était dissipateur ou imprudent; mais c'est là une chance à laquelle ils se sont volontairement soumis; car, en contractant avec le défunt, ils savaient contracter aussi avec ses héritiers[1]. Ils ont donc dû s'attendre à voir substituer à leur débiteur une autre personne qui peut-être ne leur offrira pas les mêmes garanties...; tout cela ne les a pas arrêtés, tant pis pour eux! il est juste qu'ils supportent les conséquences de leur incurie.

En disant, dans l'article 880, que la séparation peut être exercée aussi longtemps que les immeubles restent dans les mains de l'héritier, le législateur a clairement fait entendre qu'elle ne pourrait plus l'être lorsqu'ils en seraient sortis, et qu'il n'y aurait aucun droit de suite en cette matière. Cette disposition contrarie singulièrement le système de nos adversaires; aussi, qu'en font-ils? ils la négligent purement et simplement, et la prétendent abrogée par l'article 2111; singulière manière d'interpréter les textes! Que l'article 880 jure avec l'article 2111 où la séparation est qualifiée de privilége, nous le voulons bien; mais quant à dire qu'elle est l'indice certain d'un changement de système dans l'esprit du législateur, c'est ce que nous ne pouvons accorder. Il ne faut pas être si prodigue d'abrogations, et lorsqu'on trouve une apparente antinomie entre deux textes, ne vaut-il pas mieux chercher à entendre les dispositions d'une manière qui leur donne à chacune un effet, plutôt que dans un sens avec lequel l'une ou l'autre n'en aurait aucun? — Nous sommes d'ailleurs peu touché de l'importance qu'on attache à l'expression de *privilége*, dont s'est servi l'article 2111, et l'histoire, au besoin, nous fournira un argument pour en écarter toute conséquence exagérée qu'on prétendrait en tirer. Allons même plus loin : accordons que la séparation soit un privilége, et reconnaissons que le législateur n'a pas commis d'hérésie

[1] C. Nap., art. 1122.

Digitized by Google

en la qualifiant ainsi, de même qu'il n'avait pas besoin pour cela de lui donner des effets aussi étendus qu'aux priviléges ordinaires. Le privilége comme l'hypothèque, en effet, renferme deux choses : le droit de préférence et le droit de suite. Est-ce à dire que ces deux aliments soient si connexes qu'ils ne pourraient exister séparément, et cela parce que nous ne trouvons nulle part en pratique d'exemple de ces démembrements? Le législateur a si bien su les distinguer qu'il les a isolés lui-même : d'abord en exposant les règles propres à la manière de conserver les priviléges[1], puis lorsqu'il déclare, dans l'article 2113, que les priviléges inscrits tardivement dégénéreront en hypothèques, faisant ainsi évanouir une partie du droit de préférence, inhérent en eux, sans toucher au droit de suite. C'est, pour le dire en passant, ce même article 2113 dont nos adversaires se sont servis contre nous, parce qu'ils le trouvent d'une application impossible dans notre système : comme si la dégénérescence dont il frappe le privilége, pouvait comprendre autre chose que le droit de préférence, et comme si elle restait incompatible avec le droit de suite. Dès lors, qu'y aurait-il d'extraordinaire à reconnaître dans la séparation un de ces démembrements des priviléges ordinaires, destinés à faire valoir une simple cause de préférence entre créanciers, mais incapables d'inquiéter les tiers acquéreurs?

Nous ne saurions donc refuser à la séparation des patrimoines la dénomination de privilége, comme le font MM. Aubry et Rau[2], sur ce fondement qu'il ne tirerait pas sa source de la qualité de la créance; ou comme M. Troplong[3], parce qu'il ne s'exercerait pas entre créanciers du même débiteur, mais entre deux classes différentes d'intéressés. Le privilége de la séparation dépend certainement de la qualité de la créance qui est héréditaire; et sous le régime individuel, tel que le Code l'a consacré, on ne peut plus dire qu'il s'exerce de classe à classe, la saisine ayant rendu tous les créanciers du défunt créanciers de l'héritier; le droit de préférence s'opposera donc de personne à personne, absolument comme s'il dérivait de l'hypothèque ou des autres priviléges.

[1] V. les articles 2106 à 2113, rapprochés des articles 2134 et suiv, 2146 et suiv., et 2166; enfin, l'article 834 C. proc.

[2] *Droit civil franç.*, § 619, note 41 (3e édit.).

[3] *Des privil. et hypoth.*, n° 323.

Digitized by Google

Pour nous la séparation des patrimoines sera donc un privilége, mais un privilége imparfait, dont l'effet principal consistera à modifier la position respective de deux créanciers, tous deux d'une origine différente, et d'altérer l'efficacité des véritables priviléges ; c'est à ce double titre seulement que le législateur a exigé l'inscription. Les travaux préparatoires du Code achèveront de démontrer cette vérité.

L'article 2111 n'existait pas dans le projet, tel que l'avait élaboré, sous la présidence de Tronchet, la commission nommée par les consuls le 24 thermidor an VIII[1], et les articles du titre *Des successions*[2] étaient à peu de chose près rédigés comme le sont aujourd'hui les articles 878 à 881. Mais le Tribunal de cassation, qui trouvait incomplet et défectueux le titre *Des priviléges et hypothèques*, en proposa un autre, édifié sur des bases différentes. Dans ce nouveau projet, l'article 8 du titre 6 (*Des priviléges et hypothèques*) était conçu de la manière suivante (nous le transcrivons en entier ici, afin de mieux mettre le lecteur à même de le comparer avec la rédaction définitive, telle qu'elle a passé dans le Code) :

« Art. VIII. — Les créanciers privilégiés sur les immeubles » sont :

» 1° Les créanciers et légataires d'un défunt sur les biens de » la succession.

» Ils conservent ce privilége par les inscriptions faites sur » chacun de ces biens, dans les six mois, à compter de l'ouver- » ture de la succession.

» Avant l'expiration de ce délai, aucune hypothèque ne peut » être consentie avec effet sur ces biens, par les héritiers, au » préjudice de ces créanciers ou légataires.

» 2° Le vendeur, sur l'immeuble qu'il a vendu pour le paye- » ment du prix, en tout ou en partie.

» Ce privilége est conservé par la transcription du titre qui a » transféré la propriété à l'acquéreur, et qui constate la dette » de la totalité ou de partie du prix ; à l'effet de quoi le conser- » vateur fait d'office l'inscription sur son registre des créances » encore inscrites qui résultent de ce titre. Le vendeur peut » aussi faire faire la transcription du titre de l'acquéreur, et,

[1] V., dans ce projet, le liv. III, tit. 6, chap. 1er.

[2] Art. 198 à 201.

Digitized by Google

» par suite, inscription de ce qui lui est dû à lui-même sur le » prix.

» 3° Le cohéritier ou copartageant, sur les biens de chaque » lot ou sur le bien licité, pour la soulte et retour de lots ou pour » le prix de la licitation.

» Ce privilége se conserve par l'inscription faite, à la dili- » gence du cohéritier ou copartageant, dans les quatre décades » du jour de l'acte de partage, ou de l'adjudication par licitation, » durant lequel temps aucune hypothèque ne peut être con- » sentie par le propriétaire du bien chargé de soulte, ou ad- » jugé par licitation, au préjudice du créancier de la soulte ou » du prix.

» 4° Ceux qui ont fourni des deniers pour le payement du prix » de la vente, ou de la soulte, ou de la licitation.

» Sont conservés à leur profit, par les mêmes moyens, les » droits et priviléges du vendeur et du copartageant, pourvu » que la destination des deniers soit constatée par acte authen- » tique d'emprunt, et que l'emploi en soit constaté par quittance » authentique.

» 5° Les architectes, entrepreneurs, maçons et autres ou- » vriers employés pour édifier, reconstruire ou réparer un » bâtiment quelconque, et ceux qui ont, pour les payer et rem- » bourser, prêté des deniers dont la destination et l'emploi » soient authentiquement constatés.

» Ce privilége se conserve par l'inscription, et à compter de » la date de l'inscription sur le bien amélioré ou réparé, d'un » premier procès-verbal dressé par un expert nommé d'office » par le tribunal de la situation, qui constate l'état des lieux et » l'utilité des ouvrages à faire, pourvu que cette inscription » soit suivie de celle d'un autre procès-verbal de réception, » dressé de même, qui constate la réalité et la valeur des tra- » vaux, dans les quatre mois de leur perfection.

» Le montant du privilége ne peut excéder les valeurs con- » statées par ce second procès-verbal, et il se réduit à la plus- » value existant à l'époque de l'aliénation de l'immeuble et » résultant des travaux qui ont été faits.

» 6° Les frais de dernière maladie et de l'inhumation, les » fournitures des choses nécessaires à la vie et les gages des » gens de service pendant la dernière année.

Digitized by Google

» Une année échue et l'année courante de la contribution » foncière de chaque immeuble.

» Ces créances privilégiées sont payées immédiatement après » les priviléges ci-dessus, par concurrence entre elles, mais » subsidiairement seulement, en cas d'insuffisance des meubles.

» Ces priviléges sont reconnus et produisent leur effet sans » qu'il soit besoin d'aucune inscription.

» 7° Les frais de scellés et d'inventaire.

» Le privilége de ces frais s'exerce, à défaut du mobilier, sur » les immeubles, en premier ordre, et sans avoir besoin d'in- » scription. »

Comme on le voit, l'article contenait une liste complète des priviléges, cumulativement avec la manière de les conserver, et le Code, au contraire, a scindé en deux sections distinctes (sect. 1 et sect. 3) la matière de ce projet. — Ainsi le Tribunal, fidèle en ce point à sa manière d'entendre l'article 14 de la loi de brumaire (n° 41), ne voyait dans la séparation qu'un privilége ordinaire, qu'il proposait d'inscrire dans les six mois de l'ouverture de la succession, « afin, disait-il, que l'entrave ap- » portée au droit qu'a l'héritier d'hypothéquer ses immeubles, » ne durât pas éternellement[1]. »

Mais la commission du Conseil d'État ne jugea point à propos de conserver cette rédaction dans l'article 2103, qui correspond par sa place à l'article précité; elle effaça le privilége des créanciers du défunt, et groupa, dans une section séparée, les modes de conservation des priviléges qui étaient disséminés dans chacun des numéros de l'article 8. Conformément à cet arrangement, la première partie du 1° de cet article disparut, et la seconde fut portée dans la section 4, où elle devint l'article 2111.

Que conclure de tout ceci? C'est que le silence de l'article 2103 sur la question de la séparation des patrimoines est très-significatif, nonobstant ce qu'en pense M. Duranton[2]. Il prouve, d'une manière irréfragable, que, dans l'opinion des membres du Conseil d'État, la séparation n'était pas un privilége ordinaire; qu'elle n'avait pas pour but de rendre hypothécaires ou privilégiés les créanciers du défunt qui n'avaient point cette qualité

[1] *Exposé des motifs* du Tribunal, 1re observation.

[2] *Cours de droit français*, t. XIX, n° 214.

Digitized by Google

par eux-mêmes, mais seulement d'empêcher les créanciers de l'héritier d'acquérir des *causes* de préférence à leur préjudice sur les biens de la succession, et qu'il devenait par conséquent inutile ou même dangereux de la maintenir dans sa place, au milieu des autres priviléges, dont les effets étaient tout différents et bien plus étendus. Si maintenant ces mêmes rédacteurs ont conservé la disposition relative à l'inscription, c'est parce que le droit de séparation, sans être un privilége proprement dit, contient pourtant un droit de préférence, et que dans le système hypothécaire tel qu'ils l'avaient imaginé, un semblable droit devait être annoncé au public, comme tous les autres droits réels de nature à modifier les prétentions des tiers.

Ces principes se sont perpétués dans l'esprit de nos législateurs modernes, et la loi du 23 mars 1855, *sur la transcription en matière hypothécaire*, qui accorde des délais de faveur pour l'inscription du vendeur et du copartageant, en cas d'aliénation de l'immeuble[1], n'en accorde aucun aux créanciers et légataires pour inscrire la séparation. Pourquoi? c'est toujours parce que ce bénéfice n'engendre pas de droit de suite au profit de ceux qui l'exercent. On pourrait objecter, il est vrai, que le privilége des architectes et ouvriers n'est pas non plus mentionné dans cette loi; mais c'est pour une raison bien simple : c'est qu'il ne l'est pas davantage dans l'article 834 du Code de procédure, et la loi, en abrogeant ce dernier, avait voulu donner un équivalent de nature à compenser les avantages qu'il accordait en cas d'aliénation de l'immeuble au vendeur et au cohéritier. En réalité, l'inscription que les architectes et ouvriers sont obligés de prendre avant le commencement des travaux, leur assurera toujours, sur la plus-value qu'ils ont créée, la préférence sur tous les priviléges et hypothèques antérieurs, quelles qu'aient été les personnes qui les eussent constitués, lors même que ce droit procéderait du chef du nouvel acquéreur qui les aurait chargés d'exécuter les travaux.

44 *ter*. *Troisième système*. — Le troisième système admis par la majorité des interprètes du Code, et que nous adopterons aussi pour notre propre compte malgré les violentes attaques dont il a été l'objet, est une espèce de transaction entre les deux précédents. Il fera l'objet de la seconde partie de notre traité,

[1] Art. 6 de cette loi.

Digitized by Google

où nous l'examinerons dans tous ses détails. Nous ne voulons qu'exposer les principes généraux qui lui servent de base. Ces principes se résument dans les trois propositions suivantes :

1° Les créanciers du défunt, qui se sont conformés aux prescriptions de la loi touchant les formalités à remplir pour l'exercice de la séparation, sont séparés des créanciers de l'héritier, et leur sont préférés sur les biens de la succession ;

2° Mais les créanciers de l'une ou de l'autre classe ne sont pas séparés de la personne de l'héritier, à l'égard duquel il n'y a qu'une seule masse de biens, tous à lui, grevés d'une seule masse de dettes, toutes siennes. Si l'héritier veut que la séparation existe quant à lui, il le peut, en recourant au bénéfice d'inventaire, qui est la séparation des patrimoines organisée par la loi dans son intérêt propre et contre les créanciers de la succession ;

3° Les deux classes de créanciers sont admises réciproquement à profiter du surplus des biens des deux patrimoines, existant après que la classe privilégiée a été intégralement satisfaite.

On peut résumer tout ceci plus brièvement en disant : *Il y a deux classes de créanciers pour ce qui regarde les divers intéressés entre eux ; il n'y en a qu'une dans leurs rapports avec l'héritier.*

45. Comme on peut le voir, nous en revenons à la doctrine de Pothier. Cette doctrine, nous l'avons jugée et condamnée au point de vue de l'origine à laquelle on a prétendu la rattacher ; mais enfin elle constitue bien à elle un système, et un système que rien ne nous prouve avoir été abandonné par les rédacteurs de notre Code, au dire même de l'un d'entre eux, dans son exposé des motifs sur le titre *Des successions*, présenté au Corps législatif le 19 germinal an XI[1] (V. n° 36).

Cette conformité de vues nous a permis de faire concorder complétement toutes les dispositions de la loi, de manière que pas une phrase ne vînt contrecarrer l'autre, que pas une expression ne demeurât lettre morte ; avantage que ne présente aucun des autres systèmes. Notre tâche sera, du reste, rude et ardue, mais les excellents travaux de nos prédécesseurs nous l'allége-

[1] *Exposé des motifs*, par M. Treilhard (V. Locré, *Législ.*, t. X, 2e part., comm. IX, n° 35).

Digitized by Google

ront; et si nous nous permettrons quelquefois de nous écarter de leur manière de voir sur quelques points de détails, cela ne nous empêchera pas de les suivre toujours dans la voie qu'ils nous ont si largement frayée. F. DOLLINGER.

(*La suite prochainement.*)

DE LA LETTRE DES LOIS

OU

DE LA CODIFICATION ET DE LA RÉDACTION RATIONNELLES DES LOIS.

Par M. Gustave Rousset, ancien magistrat.

DEUXIÈME PARTIE. — Suite [1].

TITRE III. — *Des procédés techniques de rédaction rationnelle des lois.*

CHAPITRE I.

DES EXPOSÉS DE MOTIFS ET DES PRINCIPES PRATIQUES DES LOIS.

64. De l'utilité des exposés de motifs. — Opinion contraire de F. Bacon. — Sa réfutation par Bentham. — Système de ce publiciste. — Si l'on ne conteste plus l'utilité des exposés de motifs, on discute encore sur leur autorité, sur leur forme et sur leur introduction dans le livre des lois.

65. De ce que doivent contenir les exposés de motifs. — Le législateur ne doit pas se borner à démontrer l'utilité de ses dispositions, il faut surtout qu'il en établisse la *constitutionnalité* et la *justice*, en indiquant les principes juridiques sur lesquels elles se fondent. — Ces principes existent-ils? est-il possible de les déterminer?

66. Que doit-on entendre par principes pratiques des lois?... Opinion de M. Rossi; ses principes dirigeants. — Il sera utile de rédiger ces principes en manière de sentences, afin d'en faciliter la mémoire.

67. Les exposés des motifs sont des œuvres dont l'exécution revient, par la force des choses, au législateur; lui seul peut, en effet, révéler les raisons qui ont inspiré ses résolutions.

68. Mais dans l'accomplissement de cette mission extra-législative, le législateur, cessant d'agir comme tel, ne pourra conférer à son œuvre qu'une autorité purement doctrinale.

69. Les exposés des motifs doivent rationnellement comprendre trois parties : 1° la partie historique des causes de la loi; 2° la partie juridique ou dogmatique de ses principes; 3° la partie analytique. — Formation d'un recueil spécial affecté aux règles de droit pratique contenues dans la deuxième partie.

[1] Voy. les tomes IX, X, XI et XII.

Digitized by Google

64. Comme tout effet, toute loi a une *cause;* comme tout moyen, elle a un *but.* — Une loi qui n'aurait ni *but* ni *cause* ne serait qu'une loi sans raison, un délire du pouvoir, une monstruosité ou Rien.

Savoir les lois, ce n'est pas seulement en connaître la lettre, mais l'esprit. — *Scire leges non hoc est verba tenere, sed vim ac potestatem.* — Il est donc indispensable à leur intelligence ainsi qu'à leur exécution d'en exposer le *but*, les *principes*, la cause, c'est-à-dire les MOTIFS (n° 62).

Qu'on lui donne le nom de *rationnel* ou de *commentaire raisonné* des lois, suivant Bentham [1], de *loi en forme d'instruction*, avec l'Assemblée nationale de 1791 [2], de *préambule* d'après Bacon [3], de *commentaire officiel* à l'exemple de la Bavière [4], de *règles*, de *maximes de droit*, ou d'*exposés de motifs* avec tout le monde, on doit convenir que la justification des lois est une des principales conditions de leur autorité. — Aux lois il faut une *raison*, puisque c'est par la *raison* que la *liberté* se gouverne, et une raison connue et comprise, afin d'en assurer le respect et l'exécution.

Cette proposition qui, par son côté pratique, semblerait devoir ne rencontrer aucune opposition, a cependant trouvé un adversaire dans le *restaurateur de la dignité des sciences*, le célèbre chancelier Bacon.

« APHORISME 69. — Quant aux *préambules des lois*, dit-il, qui » autrefois étaient réputés ineptes, et dans lesquels les lois ont » l'air de disputer et non de donner des ordres, ils ne nous » plairaient guère si nous étions capables de supporter les cou- » tumes antiques....., autant que possible éviter en préambules, » et que la loi commence à la Jussion [5]. »

Bentham a victorieusement répondu aux aphorismes de sir F. Bacon, et, depuis, tous les législateurs ont adopté l'usage d'*exposer les motifs* de leurs résolutions [6]. — Aussi

[1] V. *Traité de la codification*, sect. 4, t. III.

[2] C'est le titre que porte une circulaire obligatoire de cette assemblée, en date du 21 octobre 1791, destinée à réglementer l'action de l'autorité judiciaire dans la procédure criminelle.

[3] *Traité de la dignité et de l'accroissement des sciences.*

[4] Voir, dans la traduction du Code pénal de Bavière par M. Vatel, l'importance, le but et l'ordre des matières du commentaire officiel.

[5] V. *loc. cit.*, Bacon, *De justitia et jure*, aphor. 69 et 70.

[6] Bentham, *Traité de la codification*, sect. 4, t. III, édit. belge de 1840.

Digitized by Google

n'est-ce plus l'utilité de ces préambules que l'on conteste, mais seulement l'étendue de leur autorité. — L'insuffisance de leurs indications et les inconvénients qui résultent de leur introduction dans les Codes sont d'autre part l'objet d'une très-sérieuse discussion.

On a dit d'abord, à ce sujet, que l'adjonction des motifs aux lois en affaiblirait la majesté et la concision, nuirait à l'intelligence de leur ensemble, et grossirait à tel point leur volume que, si grande que parût en être l'utilité en théorie, elle s'évanouirait inévitablement dans la pratique par la difficulté et l'incommodité des recherches qui résulteraient alors du développement excessif du corps des lois.

On a ensuite ajouté que le plus que pourrait le législateur dans l'exécution serait ou de faire connaître le *but* de sa loi, ce qu'une rédaction claire et précise de ses dispositions rendra à coup sûr presque superflu, ou d'en indiquer les *causes*, ou enfin d'en *commenter les expressions*, et que c'était là une œuvre de doctrine ou d'histoire à laquelle il se devait de rester complétement étranger.

La première de ces objections est dirigée, on l'a vu, et non sans fondement, contre le système de J. Bentham, qui propose d'insérer dans le corps des lois[1], et à la suite de chaque article, les motifs qui les concerneraient.

La seconde s'adresse à la pratique de nos jours si insuffisante en matière de rédaction et de justification des lois.

Notre méthode peut d'avance se flatter d'échapper, à la fois, à l'une et à l'autre, par la raison,

1° Qu'à la différence du publiciste britannique nous avons bien soin d'exclure des Codes tout ce qui n'est pas loi, loi règle prohibitive ou impérative d'action, aussi bien par conséquent, ainsi qu'on le verra plus loin, les *définitions* qui les expliquent, que les *maximes de droit* qui pourraient les justifier;

2° Et que, d'autre part, nous entendons d'une manière plus large, et surtout plus rationnelle que la pratique actuelle, la confection et l'importance des exposés des motifs.

65. Pas de malentendu sur ce dernier point. — Le législateur

[1] Lorsque Bentham proposait de joindre aux lois les motifs qui les concernent, le Bulletin des lois de son pays n'avait sans doute pas, comme le nôtre aujourd'hui, plus de deux cents volumes. — V. dans son *Traité de la promulgation des lois* un essai de son système.

Digitized by Google

aura bien toujours, il est vrai, à faire connaître les circonstances morales ou politiques qui ont amené sa résolution, c'est-à-dire en établir l'*utilité* ou la *nécessité*, mais ce n'est pas là qu'il devra borner son rôle. — Il ne suffit pas, en effet, qu'une loi soit simplement *utile* pour être bonne, il faut pardessus tout qu'elle soit *juste* et *constitutionnelle*.

La partie vraiment capitale et sérieuse des exposés des motifs consistera donc, et jusqu'à ce jour on semble l'avoir mal compris, à établir la *justice* et la *légalité* des lois, en démontrant leur conformité avec le but social, et en mettant en vive lumière *les principes éternels de droit et de morale* qui dominent toutes les législations.

Dira-t-on que ce soit là une œuvre médiocre et vaine, dont l'exécution n'importe pas au législateur, et à laquelle il pourra suppléer par une rédaction plus exacte de ses prescriptions? — Serait-il jamais inutile d'établir la légitimité des lois? — Non, sans doute. — Le tout est que ce soit possible, — et c'est ce qu'on ne paraît pas, de prime abord, trop disposé à admettre. — Exposer les *principes juridiques des lois* est bien en soi une innovation excellente; mais où sont-ils ces principes? en quoi doivent-ils consister? où les prendre? Existent-ils tant seulement, ajouteront certains sceptiques? Il vaudrait mieux nier sa propre raison que de douter ainsi de l'expérience du droit et de la possibilité de la justice.

La géométrie a ses axiomes, la morale ses adages, le bon sens vulgaire ses proverbes; toutes les sciences sont plus ou moins en possession de principes à l'aide desquels se vérifient et s'éprouvent l'exactitude et la légitimité de leurs moyens d'application; — la science du droit en serait-elle seule dépourvue?

Les précédents suffisent pour répondre à une pareille question, et la réponse est péremptoire; — le monde ancien et le monde moderne n'ont ici qu'une même voix. — Voici le Digeste et voici Domat : — l'un avec son titre de *regulis juris* (Dig., liv. L), l'autre par son *legum delectus*, ne démontrent-ils pas et surabondamment l'existence de certains *Principes*, dont les lois ne sont que les cas particuliers? — Le droit coutumier avec ses sentences, le barreau avec ses brocards ne les ont-ils pas, d'autre part, manifestés avec une vigueur et une précision qui impressionnent ceux même qui se tiennent contre eux le plus en garde? — Heureux ou malheureux, ces essais ont une

Digitized by Google

signification considérable. — Qu'on en ait avec raison plus d'une fois contesté l'autorité ou blâmé l'abus et la forme, en sont-ils moins les indices précurseurs et infaillibles des vérités supérieures que le progrès réserve aux efforts de l'esprit humain? — Qu'il se livre donc avec confiance à leur recherche. — Elles existent! Qu'il observe, et il ne tardera pas à en découvrir les puissantes et fécondes formules; — qu'il médite, et discernant les maximes vraies des règles fausses, il rejettera pour toujours les trivialités sententieuses qui, sous le nom usurpé de *Principes*, dissimulent trop souvent encore au palais le vide ou le paradoxe d'une argumentation d'avocat.

Ce n'est pas là, en effet, ce que nous comprenons par *Principes pratiques des lois*. — A cet égard il faut s'entendre.

66. Le principe par excellence qui domine toute législation est l'idée suprême de la justice, mais on risquerait de se perdre dans les abstractions s'il fallait toujours remonter jusqu'à elle pour établir la légitimité des règles de conduite que sanctionnent les législateurs.

Entre les hauteurs philosophiques du droit et sa détermination inférieure et localisée, il est des points intermédiaires où se réunissent, comme en faisceau, des lignes logiques qui rattachent à la pensée supérieure un certain ensemble de cas particuliers. — Ces idées moyennes sous lesquelles se groupent ainsi de nombreuses solutions et qui permettent d'entrevoir en même temps les deux extrêmes du droit, la base et ce qu'elle soutient, ces vérités du milieu, si je puis ainsi dire, ce sont là ce que nous entendons par *règles* ou *Principes pratiques* du droit. — Un savant publiciste en avait, avant nous, constaté l'utilité et l'existence sous le nom de *principes dirigeants*[1].

« Le Principe dirigeant, dit M. Rossi, n'est que la conséquence bien circonscrite, bien et nettement exprimée de » toutes les considérations politiques et morales qui ont servi » de guide au législateur; il renferme le véritable esprit de la » loi, mais révélé par une forme matérielle et concrète qu'il

[1] M. Rossi a exposé sa théorie sur les *principes dirigeants* dans un article publié dans la *Revue de jurisprudence* de Genève, en 1822. La différence qui existe entre son système et le nôtre consiste en ce que, pour lui, les principes dirigeants devront remplacer la loi, et qu'ils n'en sont pour nous qu'un supplément et l'accessoire, un moyen de l'interpréter et de l'appliquer.

Digitized by Google

» importe de bien saisir et de ne pas perdre de vue dans ses » applications positives. — Otez les principes dirigeants et » l'esprit philosophique, l'esprit général de la loi restera tout » entier dans la tête du législateur ou dans les discussions qui » auront préparé la loi ; bientôt les jurisconsultes et les magis- » trats l'auront perdu de vue, et l'aveugle routine exercera de » nouveau son empire absolu sur les administrés. »

Précisez-les donc dans une forme nette et vive, et tout s'illuminera à la clarté des rayons supérieurs qui se concentreront par eux dans les foyers intermédiaires. — Que le législateur les formule en phrases brèves et proverbiales s'il se peut, et la tradition ainsi que la science s'enrichiront de maximes fécondes qui, suivant l'expression pittoresque de F. Bacon, deviendront le lest du droit, *saburra juris*, et serviront de boussole à son application, *ut acus indicat nautica polos.* — Elles ne seront pas des lois, mais l'anneau sacré qui les reliera à la raison suprême de la justice.

Faire l'historique de la loi, — déterminer son but et ses principes, — et par cette double voie mettre à la portée de toutes les intelligences le sens intime et complet de toutes ses dispositions, — c'est indiquer en quatre lignes l'importance et le programme d'un exposé rationnel de motifs.

67. Œuvre difficile et délicate. — C'est ici le lieu de se demander à qui doit en être confiée l'exécution.

Est-ce au législateur lui-même? — Ne lui suffit-il pas d'établir de bonnes lois sans avoir encore à se préoccuper d'en faire l'apologie ou d'en donner l'explication? — Ne serait-ce pas d'ailleurs, de sa part, empiéter sur le domaine de la doctrine et s'arroger le rôle de commentateur? — Quelle serait, dans ce cas, l'autorité de sa parole?

Convenons d'abord qu'on ne saurait jamais trop bien connaître le véritable esprit de la loi, et que s'il est au monde une intelligence qui puisse à cet égard pleinement nous satisfaire, c'est à coup sûr celle qui l'a conçue, élaborée, proposée et votée, en un mot, le législateur. — Qui mieux que lui, en effet, serait en mesure de révéler les raisons qui l'ont inspiré, de dire ce qu'il a voulu, pourquoi et comment il l'a voulu, en quoi il lui a paru *juste* et *utile* d'ordonner ou de défendre tel ou tel acte? — Serait-ce là faire l'apologie de la loi, la commenter et empiéter sur la Doctrine? — Est-ce que la Doctrine pourrait sur

Digitized by Google

ce point suppléer ses justifications? — Ne risquerait-elle pas de s'égarer dans une si haute entreprise, et ne dénaturerait-elle pas trop souvent la pensée qu'elle voudrait expliquer? — Qui en doute? — L'objection ne saurait être sérieuse, nous ne nous y arrêtons pas.

Qu'il fût cependant préférable de rendre le verbe de la loi tellement clair, tellement limpide, que chacun pût en saisir à première vue la signification et la portée, cela est incontestable; mais cet idéal de la législation, est-il permis à l'homme de l'atteindre? — L'imperfection est la loi de notre nature, n'exigeons donc du législateur que ce qu'il peut donner. — Sa loi est obscure, il est besoin pour la bien comprendre d'en connaître le but et la raison, ne repoussons pas celui qui l'a faite, c'est à lui seul à nous les dire. — Y verrait-on quelque inconvénient? — Aucun; — pourvu, ajoute-t-on, que les exposés de motifs ne portent en eux rien d'obligatoire.

68. Sur ce point, pas de difficulté, nous sommes d'accord. — Les *motifs* des lois ne sont pas *la loi*, et la loi seule est obligatoire. — Ils servent à l'expliquer, mais ils ne la remplacent pas, cela va de soi, cela est forcé par la nature même des choses. — Ils auront et n'auront qu'une autorité purement doctrinale, analogue, par exemple, à celle des circulaires ministérielles, et voilà tout.

On peut donc accepter sans crainte, dans ces conditions, les exposés des motifs et des principes rédigés par le législateur. — Qu'ils soient par lui formulés en manière de sentences, en des paragraphes détachés et numérotés comme des articles de lois, pour faciliter les renvois et les recherches, nous n'y voyons pas d'inconvénients; — mais refusons-leur obstinément, quelle que soit leur forme, l'autorité légale qui n'appartient qu'aux lois, et surtout l'accès des Codes où celles-ci doivent *seules* trouver place, et nous aurons ainsi, mieux que Bentham, fait la part du double rôle que leur auteur aura successivement à remplir à ce sujet.

69. Bref, et pour conclure sur ce point : — Extraits des travaux préparatoires et de la discussion des lois, les exposés de motifs devront, autant que possible, se composer de trois parties disposées dans l'ordre suivant :

1° *La partie historique*, où seront relatées les causes et circonstances politiques qui ont rendu la loi *nécessaire* ou *utile*.

Digitized by Google

— Ce sera là, suivant l'heureuse expression de Cujas, l'*hameçon* d'or qui permettra de saisir l'esprit de chacune de ses prescriptions ;

2° *La partie juridique ou dogmatique*, dans laquelle on établira la *constitutionnalité* du but et des moyens de la loi, ainsi que les *principes* de justice et de droit sur lesquels elle se fonde ;

3° *La partie analytique* qui s'expliquera sur la portée spéciale des dispositions de la loi, sous le rapport du but auquel elles concourrent. — Dans cette partie devront se trouver les *définitions légales* des termes dont il importera de ne pas laisser la signification douteuse.

Ajoutons, en terminant, qu'il serait fort à désirer que les *principes* ou *règles de droit pratique* et d'interprétation judiciaire, qui se trouveront formulés dans la seconde partie de tous les exposés de motifs, fussent rédigés en alinéas distincts et indépendants, de manière à pouvoir être ensuite réunis dans un recueil séparé. — Il se formerait ainsi, et peu à peu, à côté même des Codes, un corps de préceptes juridiques qui ne serait pas la partie la moins précieuse de notre droit national, — et qui pourrait facilement trouver sa place dans le plan de codification que nous exposerons dans le chapitre I du titre suivant.

CHAPITRE II.

DES DÉFINITIONS LÉGALES.

70. Dans l'ordre de l'exposition des procédés techniques de la rédaction rationnelle des lois, l'indication des règles concernant les *définitions légales* de *leur lettre* doit logiquement faire suite à celles qui se rapportent à la *définition* de *leurs motifs*.

71. De l'utilité des définitions. — Réfutation du brocard : *definitio est periculosa*.

72. Règles de méthode à suivre pour la définition des termes de la loi. — Distinction à faire entre les *définitions de mots* et les *définitions de choses*. — Le législateur doit se borner à définir les termes qu'il emploie ; et sous ce rapport encore il est des limites, car *tout* définir est impossible.

73. Indications pratiques. — La plus grande circonspection doit présider au travail des définitions. — Le législateur aura à tenir compte, en cette matière, de l'état des mœurs, des esprits et de la langue.

74. De l'autorité des définitions légales. — Elle sera purement doctrinale. — Objections ; réfutation.

Digitized by Google

75. Du mode de leur rédaction. — Préférer les formules impersonnelles : *On entend par..... Sont compris dans.....*

76. De l'introduction des définitions dans le corps des lois. — Dangers. — Leur place naturelle est dans les exposés de motifs. On pourrait néanmoins les réunir et les classer par ordre alphabétique, de manière à former un *dictionnaire légal.*

70. En indiquant, dès le seuil de la seconde partie de cette étude (n° 9), quelles étaient les qualités désirables du style législatif et les règles générales de rédaction les plus propres à les réaliser, nous disions : — Pour penser les lois, il faut du génie ; pour les formuler, il faut de l'art ; mais, pour transmettre à d'autres la pensée du législateur, il faut à l'art des mots compris, un verbe entendu, et nous précisions de la manière suivante les principes généraux de la rédaction rationnelle des lois.

I. La première règle est que les lois soient rédigées avec simplicité dans l'idiome national.

II. L'identité de la parole et de la pensée étant d'autre part une condition essentielle de la clarté et de la puissance des lois, la deuxième règle consiste :

1° A n'employer aucun terme dont on n'ait d'avance bien *défini le sens;*

2° A toujours employer le même terme pour exprimer la même pensée ;

3° Et à éviter l'emploi des mêmes mots dans des acceptions différentes.

Après avoir déterminé le but, les moyens et les principes d'une loi, rien n'est en effet plus logique, pour proscrire le doute sur sa signification et sa portée, que de bien fixer la valeur de ses termes. — Dans l'ordre rationnel de l'exposition des procédés techniques de promulgation, l'indication des règles concernant la *définition de la lettre des lois* devait nécessairement faire suite à celles qui se rapportent à la *définition* ou *exposition de leurs motifs.*

Ce chapitre a donc sa raison d'être, espérons qu'il aura son utilité. — La question des définitions légales est loin encore d'avoir reçu une solution satisfaisante. — Des opinions diverses se sont à l'envi, sur ce point comme sur les autres, vivement manifestées et persistent dans leurs positions. — Il importe en conséquence d'examiner les objections et les difficultés

Digitized by Google

qu'elles soulèvent, et, sans entrer à ce sujet dans trop de détails, de dire un mot sur chacune d'elles.

71. Utilité des définitions. — En première ligne se présentent en adversaires les opinions préconçues armées du perfide brocard : *Omnis definitio est periculosa!* les définitions sont dangereuses; — les mauvaises, oui; mais les bonnes? le brocard est trop absolu.

Ce ne sont pas précisément les définitions qui sont dangereuses, c'est sur un même mot la *pluralité des définitions*, ou plutôt l'*absence de toute définition légale* qui, laissant à chacun la liberté d'expliquer à sa guise la lettre de la loi, en livre l'*esprit* à l'anarchie judiciaire du *tot capita, tot sensus* des praticiens.

Mal profond que nous avons déjà signalé comme une des causes du désordre de notre législation (nos 20, 23), vice funeste que l'on ne pourra conjurer que par la fixation authentique du sens juridique des expressions de la loi. — Il faut *définir* lorsqu'on veut s'entendre.

72. Règles de méthode. —Avant d'indiquer à cet égard des règles pratiques, il est indispensable de nous expliquer sur la portée et la signification que nous devons attacher au mot lui-même de *définition* et de bien remarquer tout d'abord sur ce point que la législation, n'ayant pour objet ni la connaissance de la nature organique ou physique des corps et des êtres ni de leurs phénomènes, n'aura point à s'occuper de leur description ou *définition scientifique*[1], mais seulement des noms que l'usage leur assigne, et qu'il ne peut dès lors être question ici que des *définitions de mots*.

Définir, dans ce sens, c'est préciser la pensée d'une expression, c'est en déterminer la valeur exacte et convenir de l'idée qu'elle éveillera dans toutes les intelligences. — L'utilité de ces

[1] L'objet de la législation étant la direction de la liberté humaine, il lui suffit de connaître le *nom usuel* des *choses* et des *êtres* pour déterminer, par rapport à eux, l'étendue légale du pouvoir individuel, sans avoir à se préoccuper de la *nature* de leur substance, non plus que de leur organisme et de leur définition scientifique; elle n'aura donc à définir ni l'homme, ni les animaux, ni les corps, ni leurs phénomènes naturels, toutes choses dont l'existence est indépendante de la loi, mais elle devra définir les abstractions et les créations juridiques qui n'existent que par elle, telles que l'hypothèque, la minorité, l'usufruit, le stellionat, etc., etc.

Digitized by Google

définitions consiste ainsi à abréger le discours en permettant de dire par un *mot* ce qui souvent exigerait *une phrase*.

L'idéal en cette matière serait, on le comprend, de n'employer aucun terme dont on n'eût d'avance bien nettement fixé la signification ; — mais une pareille méthode est absolument impossible. — En toute chose, il est des limites : — En effet, un terme à définir en exigeant un autre, la définition de cet autre un autre et ainsi de suite, on arrive nécessairement à des expressions dont il serait matériellement *impossible* et même dangereux de donner une définition.

Puisque tout définir n'est pas chose possible, à quel point faut-il s'arrêter?

Il serait imprudent, pour ne pas dire plus, de vouloir à ce sujet tracer des règles fixes et immuables. Tout ici devient une question de fait et d'appréciation subordonnée à l'état des mœurs, des esprits et de la langue. Au législateur seul il appartient donc de voir si, d'après l'usage et le sens général, la définition des mots qu'il emploie est nécessaire, s'il est ou non à craindre, par exemple, que l'extension ou la limitation facultative de l'idée qu'ils expriment soit de nature à faire dévier la loi de son but, ou à rendre son application moins utile ou plus difficile.

73. Quoi qu'il en soit, et sous toutes ces réserves, on nous permettra cependant d'indiquer ici quelques-unes des conséquences pratiques des règles qui ont été rappelées en tête de ce chapitre. C'est d'ailleurs à M. Rossi que cette étude les emprunte en les généralisant [1].

I. Lorsqu'après avoir reconnu qu'un acte ou un fait [2] réunit les caractères qui, au point de vue moral et politique, en peuvent justifier l'*impération* ou la *prohibition*, on veut le désigner dans une disposition légale, il faut rechercher avant tout s'il a ou non reçu dans la langue un nom propre, fixe, déterminé, qui le distingue de tout autre.

[1] M. Rossi, *Traité de droit pénal*, t. II, p. 419 et suiv., édit. de 1855, a restreint les règles qu'il donne à la rédaction des *lois pénales* exclusivement. Nous les avons étendues aux actes prévus par les *lois civiles* et *pénales*, en respectant autant que possible la pensée de l'éminent publiciste.

[2] Inutile de répéter que la législation n'a pour objet que des *actes à commander ou à défendre*. — V. ce qui a été déjà dit à ce sujet, nos 45, 47 et 49.

Digitized by Google

Si ce nom existe, le législateur doit s'en emparer sans définition.

II. S'il n'existe pas, il devra remplir auprès du public l'office de *nomenclateur* et faire du néologisme.

Dans ce cas, le nom seul ne suffit pas : il faut définir le fait ou l'acte qu'on a en vue, et auquel on veut donner un nom, de manière à ne laisser aucun doute sur son but, ses conditions, ses circonstances et ses moyens. — A cet effet, au lieu de produire la definition sous des formes abstraites, il sera mieux de donner la description de l'acte en la tirant, autant que possible, des faits physiques qui le constituent ou des résultats qu'il est d'ordinaire appelé à réaliser ou des modes qui en distinguent les variétés.

III. Si l'acte ou le fait est désigné par un nom qui s'applique en même temps à des actes ou faits dont la loi n'a pas à s'occuper, le législateur doit alors ajouter à l'expression générale qui les comprend une qualification distinctive de nature à préciser sa signification légale et à prévenir ainsi son *emploi dans des acceptions différentes* (n° 70, II, § 3).

IV. Quelquefois le sens net et précis que la langue commune attribue à un mot a été défiguré par la loi ou par la jurisprudence; dans ce cas, il importe d'éviter ce mot ou de lui rendre sa véritable signification. — On risquerait encore, à le prendre sans explication, de l'*employer dans des acceptions différentes*, contrairement aux règles générales posées sous le n° 70, II, § 3.

V. S'il s'agit de faits ou d'actes analogues, mais tels cependant que les dispositions qui les concernent exigent des sanctions différentes, et que la langue, à cause de leur analogie, leur applique indistinctement plusieurs noms (tels sont les actes que l'on nomme calomnie, diffamation, outrage, injure, etc.), le législateur peut profiter de ces diverses dénominations, mais de manière à attribuer à chacun un sens exact et particulier, afin que le même terme *soit toujours consacré à exprimer la même pensée* (n° 70, II, § 2).

Nous ne multiplierons pas davantage ces indications qui ne sont, après tout, que les corollaires d'un seul et même principe : — *Même pensée, même parole!* — On comprend d'ailleurs avec quelle circonspection le législateur devra procéder dans cette partie de son œuvre : — Qu'il prenne pour guide l'observation et la logique, et ne se risque jamais dans le domaine de

Digitized by Google

la théorie [1] ; mais que, sur toute chose, il n'oublie pas qu'il s'adresse à l'intelligence et à la liberté de l'homme, et qu'il doit en conséquence supposer le sens commun et respecter les mœurs.

« Tout se réduit, ajoute en terminant M. Rossi, et nous y in-
» sistons, à cette règle fondamentale : le législateur doit étudier
» les faits de son pays, du peuple qu'il est chargé de gouverner,
» s'en emparer, les régler dans le but et les limites de sa mis-
» sion. Ce principe s'applique également aux actes et au langage.
» — La loi peut écarter quelques erreurs, dissiper quelques
» nuages, aider, avec mesure et prudence, au développement
» national du droit. Mais si le législateur, en oubliant son rôle,
» s'aventure dans le champ de la spéculation, si, par l'ambi-
» tion de créer, il néglige les actes, les opinions et le langage
» de son peuple, s'il veut savamment expliquer ce qui est clair,
» substituer des abstractions à des faits, un langage particulier
» à la langue commune, il méconnaît les fonctions augustes
» dont il est revêtu. »

74. De l'autorité des définitions légales. — Les définitions données par le législateur auront-elles force de loi ou une valeur purement doctrinale ? — Grave question qu'il n'est pas aussi inutile de poser que pourrait donner à le croire la conviction de ceux qui, de confiance ou par habitude, soutiennent le système de *l'autorité obligatoire* des définitions légales. — Nous n'hésitons pas cependant à nous prononcer pour l'opinion contraire, parce qu'elle est la seule qui soit conséquente avec la nature vraie du Pouvoir législatif.

En effet :

Du principe que le législateur ne peut conférer à ses prescriptions le caractère de *loi* que lorsqu'il agit dans le cercle constitutionnel de ses attributions législatives ;

Du principe que les lois ne peuvent être que des *règles prohibitives ou impératives d'action ;* — que le législateur n'agit dès lors dans les limites de ses attributions [2] que lorsqu'il *ordonne* ou *défend un acte ;*

[1] On ne lira pas sans intérêt une remarquable dissertation de M. Rossi sur la question de savoir jusqu'à quel point il est permis au législateur de donner une définition des termes qu'il emploie (*loco citato*) et sur les limites qu'il doit respecter.

[2] Voir, sur la légitimité du pouvoir des fonctions, nos 29 et 30. — Toute fonction perd son pouvoir lorsqu'elle l'excède ; les limites du pouvoir légis-

Digitized by Google

Il suit :

Qu'il cesse de faire œuvre de législation lorsqu'il interprète, commente, explique, en un mot, *définit* les termes de ses *impérations* et de ses *prohibitions*, et que tout excellentes et utiles que soient alors les définitions qu'il donne, elles ne pourront pas plus avoir d'autorité que toutes autres définitions ou explications de la Doctrine et de la Jurisprudence.

Mais, répondront sur ce point nos adversaires, la définition étant l'*équivalent du terme défini* et pouvant même lui être substituée dans la disposition légale, n'est-il pas plus logique de conclure qu'elle suit le sort du terme qu'elle explique, participe de sa nature et a comme lui force de loi ?

A ceci deux réponses : — L'argument s'applique d'abord aussi bien aux *définitions de la Doctrine ou de la Jurisprudence* qu'à celles *du Législateur*. — Ne sont-elles pas et n'ont-elles pas les unes et les autres la prétention d'être l'*équivalent* et de *représenter* également le *terme défini?* — Mais il n'y a, dira-t-on, aucune analogie entre elles; les unes sont des actes de l'Autorité qui fait la loi, et les autres des opinions individuelles? — Un moment : — Le législateur n'étant et n'agissant comme *tel* que *lorsqu'il fait la loi*, est-il autre chose qu'un commentateur lorsqu'il *explique* la *loi faite?* — Son opinion autre qu'une opinion individuelle? — Et quelle autorité lui imprimerait-il? Pourrait-elle avoir plus de droit qu'il n'en a lui-même, et être une loi quand il excède et abdique le pouvoir législatif?

En second lieu, une définition n'est vraiment l'*équivalent du terme défini* que lorsqu'elle est identique à la pensée qu'il exprime, c'est-à-dire, *exacte*. — Qu'elle vienne alors du législateur ou de tout autre, — qu'importe, — elle aura force de loi, parce qu'elle aura la force de la vérité. — Dans le cas contraire, ce sera l'équivalent d'une pensée étrangère à la loi; — c'est-à-dire, rien.

Quelles ne seraient pas d'ailleurs les conséquences désastreuses du système opposé? — Quelle lutte et quels déchirements ne produirait pas l'autorité obligatoire quand même des définitions légales, lorsque surtout elles seraient *inexactes?* « La juris-» prudence, dit à ce sujet M. Rossi, sera d'abord vacillante et

latif se trouvent dans la Constitution politique et la nature des choses; il cesse en conséquence d'être législateur lorsqu'il n'en exerce plus le pouvoir.

Digitized by Google

» incertaine ; elle ne retrouvera qu'avec peine la bonne route, » après avoir écarté par de funestes efforts les obstacles que la » prétention ambitieuse du législateur aura jetés à la traverse. »

C'est par là, et par là seulement, que les définitions sont dangereuses, *periculosæ :* — Rien, en effet, n'est plus redoutable que l'erreur qui, par elles, s'introduit parfois dans la législation.

L'autorité d'une définition se doit donc exclusivement tirer de son *exactitude*, et ne saurait être en conséquence que purement doctrinale, qu'elle émane du législateur ou de tout autre. — C'est là une proposition qui repose inébranlable sur la nature même du Pouvoir et de la loi.

Il importe ici néanmoins, pour éviter toute équivoque, de bien distinguer entre la *définition* ou détermination *des actes* qui seront l'objet, le but même de la disposition légale, et les *définitions des mots* employés à les déterminer.

En législation, il n'y a, nous le savons (nº 49), que des actes à *ordonner* ou à *défendre*. La description qui en sera donnée constituera, dès lors, on le comprend, non point *une définition de mots*, mais la *disposition même de la loi*, la *disposition coercitive* et obligatoire. — Et ce que nous venons de dire de la valeur doctrinale des définitions *de mots* ne saurait en rien s'appliquer à la *définition des actes*.

75. Du mode de rédaction des définitions légales. — C'est par les définitions que la législation touche au domaine de la doctrine ; elle n'aura donc pas à déroger en consultant sur ce point ses précédents et en lui empruntant sa pratique et ses modèles.

Aucune formule précise ne pourrait cependant être à cet égard déterminée d'une manière absolue ; qu'il nous soit toutefois permis, à titre de simple mention, de marquer nos préférences pour les formes impersonnelles : *On entend par... Sont compris dans...*, qui, effaçant pour ainsi dire l'autorité du législateur, laisseront à l'usage et aux traditions de la science toute la responsabilité de la définition.

Quoi qu'il en soit, *indicative*, *déclarative* ou *limitative*, que la phrase de la définition soit courte, vive, saisissante, et ne s'embarrasse pas de termes techniques qui auraient eux-mêmes besoin de définition. — On trouvera d'ailleurs, à ce sujet, des indications précieuses et des modèles aussi bien dans nos Codes que dans le titre spécial du Digeste *de verborum significatione*. — Pas n'est besoin sur ce d'insister davantage.

Digitized by Google

76. De l'introduction des définitions dans les Codes. — Les définitions des termes de la loi n'étant point la loi, ne doivent point dès lors figurer à côté d'elle dans nos Codes. — Leur place naturelle sera, comme d'ailleurs nous l'avons déjà laissé entrevoir (n° 69), dans la partie analytique des exposés des motifs.

Le mode de leur rédaction pourrait cependant permettre de lui en assigner une autre.

Après avoir, dans l'exposé des motifs de chaque loi, donné les définitions de quelques-uns de ses termes, nous ne verrions en effet aucun inconvénient à ce que le législateur ordonnât de les réunir par ordre alphabétique dans un recueil spécial. Et il se formerait ainsi peu à peu un DICTIONNAIRE DES DÉFINITIONS LÉGALES, dont l'utilité et l'autorité ne seraient révoquées en doute par personne [1].

Tour à tour revue et corrigée par l'action incessante et progressive de l'usage, de la jurisprudence et de la législation, sa rédaction se maintiendrait toujours en parfaite harmonie avec l'état des mœurs, des esprits et de la langue; et l'Académie, à qui cette haute mission est aujourd'hui par inadvertance confiée, reconnaissant sur ce point sa propre incompétence et l'aptitude toute particulière du Corps législatif, applaudirait elle-même incontestablement à cette sage mesure.

CHAPITRE III.

DES FORMULES RATIONNELLES DE RÉDACTION DES LOIS.

77. Position du problème de la rédaction rationnelle des lois.

78. *Règles de méthode* pour arriver à sa solution. — 1re Règle : A toute pensée libre, liberté d'expression. — 2e Règle : A toute pensée subordonnée, expression subordonnée, formule rationnelle. — 3e Règle : Les lois sont des pensées subordonnées, seules susceptibles d'une rédaction rationnelle.

79. *Base d'opération.* — Définition rationnelle de la loi.

80. *Premier résultat* de nos règles de méthode sur cette base d'opération. — Distinction entre la partie stricte et générale du droit, sa partie libre et privée, et sa partie dogmatique; — c'est-à-dire, entre la législation proprement dite, les conventions et les règles de la doctrine.

[1] L'avantage de ce dictionnaire serait surtout de faciliter les recherches et d'obliger le législateur à se former une langue concise, et à en employer toujours les termes dans les mêmes acceptions et avec la portée qui aurait été déjà donnée par les lois précédentes.

Digitized by Google

81. *Deuxième résultat.* — Détermination du caractère des lois et de leur constitution intime. — Toute loi se compose de deux parties bien distinctes : le dispositif et la sanction ; leur formule devra manifester ce double organe. — Toute formule rationnelle se composera donc de deux membres — ou termes.

82. *Troisième résultat.* — Le caractère de chaque ordre de lois nous en livre le verbe. — Toute loi se caractérisant par l'un ou l'autre de ses termes, il suit que le verbe de la loi doit manifester son terme dominant. — Ce terme dominant sera, pour les lois *civiles*, la disposition indicative d'une règle d'action, règle de l'agent, et, pour les lois *pénales*, la sanction indicative de la passibilité de l'agent devenu patient. — Les premières ne se peuvent concevoir sans un *verbe actif*, les secondes sans un *verbe passif*.

83. I. De la rédaction des lois prohibitives. — Leurs formules devront manifester les idées dominantes qui les différencient les unes des autres. — Idées dominantes et caractéristiques : — 1° des lois pénales d'intérêt général, — 2° des lois pénales d'intérêt privé, — 3° des lois civiles d'intérêt général, — 4° des lois civiles d'intérêt privé.

84. § 1. Formules des lois prohibitives *pénales ;* notions qu'elles exigent. — 1° Formules des lois pénales d'intérêt général, deux sortes : — A. Formule des lois concernant les délits privés ; — B. Formule des lois concernant les contraventions. — 2° Formules des lois pénales d'intérêt privé, trois sortes : — A. Lois concernant les délits privés ; — B. Lois concernant les délits civils ; — C. Lois concernant les quasi-délits.

85. § 2. Formules des lois prohibitives *civiles :* — 1° Formule des lois civiles d'ordre public. — 2° Formule des lois civiles d'intérêt privé.

86. § 3. Formule des exceptions.

87. II. De la rédaction des lois impératives. — Distinction entre les lois impératives pénales et les lois impératives civiles ou de procédure.

88. § 1. Formules des lois impératives *pénales*, deux sortes : — 1° Pour les lois pénales ordinaires. — 2° Pour les lois pénales disciplinaires.

89. § 2. Formules des lois impératives *civiles* ou de procédure. — Une seule sorte.

90. § 3. Formule des exceptions.

91. III. Application de ces formules a la révision des lois françaises. — Opération simple. — Questions à se poser pour déterminer la formule que chaque disposition comporte.

92. Les formules rationnelles sont des *criterium* infaillibles en matière de législation.

93. IV. Résumé et transition.

77. Déterminer les formules claires, précises, exactes, suivant lesquelles les différentes dispositions législatives devront être rationnellement rédigées pour répondre aux nécessités d'une codification générale et progressive. — Tel est l'énoncé de l'un des problèmes que nous nous sommes proposés de résoudre, et dont nous allons justifier et démontrer dans ce chapitre la pratique et véritable solution.

Digitized by Google

Un mot, toutefois, sur le procédé analytique de nos investigations.

Pour dégager et réunir avec certitude les termes inconnus de notre problème, il fallait une *méthode* et *une base d'opération;* — la logique et l'observation nous ont à la fois fourni l'une et l'autre. — Nous croyons devoir compte ici avant toute chose de leur légitimité et des résultats immédiats de leur application.

78. Méthode. — Partant de ce principe incontesté qu'une *loi* est une *pensée*, que toute pensée pour se réaliser implique une forme réelle, et que cette forme est d'autant plus rationnelle qu'elle est mieux appropriée à la nature et au caractère de l'idée qu'elle manifeste, nous avons accepté comme évidentes d'elles-mêmes les trois propositions ou règles suivantes :

I. *A toute pensée libre, liberté d'expression.* — La pensée, librement conçue, veut être *librement* exprimée : — elle ne saurait d'ailleurs rationnellement se produire sous une forme contraire à sa nature. — Qu'elle choisisse donc en toute liberté le verbe identique à son idée.

II. *A toute pensée subordonnée, expression subordonnée, formule rationnelle.* — La pensée, subordonnée à un principe et à une fin, ne saurait de même se manifester que par une expression conforme à ce principe et à cette fin : — c'est-à-dire par une formule logiquement déduite de l'idée qui en détermine le mieux le caractère.

III. La *pensée législative* étant essentiellement *subordonnée* à la réalisation du but social, ses manifestations, les lois, participant de leur principe générateur, il suit qu'elles peuvent *seules* subir *des formules subordonnées à l'idée commune* qui doit, par suite, les *caractériser* toutes.

79. Base d'opération. — Ces *formules* ne seraient que des lits de Procuste si, parfaitement appropriées d'ailleurs au *caractère général* de chaque ordre de lois, elles n'étaient pas d'autre part en harmonie avec le *caractère spécial* de chacune de leurs variétés. — Elles seraient irrationnelles et impossibles si elles n'étaient en même temps logiquement déduites des rapports qu'elles règlent, du Pouvoir qui les donne et du sujet qui les reçoit. — Les difficultés sur ce point étaient grandes et réelles, elles ne nous ont cependant ni surpris ni arrêté. — Notre conviction était plus forte que les obstacles.

Digitized by Google

C'est alors que nous élevant par la réflexion au sentiment de l'idée première et intime des lois, et, par l'observation à la connaissance exacte des éléments soumis à leur puissance, la loi s'est produite et définie comme une RÈGLE COERCITIVE D'ACTION FORMULÉE PAR L'AUTORITÉ LÉGISLATIVE QUI DÉFEND AUX CITOYENS LES ACTES CONTRAIRES ET COMMANDE AUX FONCTIONNAIRES LES ACTES UTILES A L'ACCOMPLISSEMENT DU BUT SOCIAL.

Fondée sur les principes philosophiques, consacrée par l'histoire, acceptée par la science juridique, cette définition est devenue notre inébranlable point d'appui, la grande base d'opération sur laquelle s'est édifiée comme d'elle-même la théorie de notre système de rédaction, — et l'œuvre a marché.

80. Le premier résultat de l'application de nos *règles de méthode* sur cette *base d'opération* a été de délimiter d'une manière précise notre champ de manœuvre, de découvrir la ligne de démarcation entre la *partie libre*, la *partie dogmatique* et la *partie stricte générale et coactive* du droit[1], et de nous fournir un *criterium* pour discerner ce qui est vraiment une loi de ce qui n'en a que l'apparence[2], et partant les dispositions qui, dans nos Codes ou ailleurs, sont ou non susceptibles d'une rédaction rationnelle.

Et d'abord se sont trouvées écartées :

1° Ces *règles d'interprétation*, ces *définitions*, ces *divisions*, que le législateur a, par inadvertance, admis trop souvent dans nos Codes, et auxquelles, par suite, la pratique a donné à tort le nom de *lois* (n° 47) : — dispositions doctrinales sans force obligatoire, elles émanent d'une *pensée trop libre*, LA SCIENCE, pour qu'elles puissent subir les règles de rédaction que comporte seule la manifestation d'une pensée subordonnée (n° 78, I).

2° Les *lois privées des conventions*, les *clauses usuelles des contrats* : — bien que se rapprochant par leurs effets et leur caractère obligatoire de la nature des lois proprement dites, les contrats ne sauraient être confondus avec elles[3] (n° 41) ; leurs clauses ne pourraient dès lors, pas plus que les règles précé-

[1] Voir, au sujet de la partie libre et de la partie coactive du droit, ce qui a été dit *suprà*, n° 15.

[2] Et de servir même à déterminer le caractère spécial de chaque disposition. — V. note *suprà*, n° 9.

[3] Sur la différence qui existe entre les *lois* et les *contrats* au point de vue de leur caractère légal, V. n°s 15 et 16, n° 46 et les notes.

Digitized by Google

dentes, revêtir logiquement les formules d'une rédaction qui ne convient qu'aux *lois*.— Formés par la *pensée libre* des contractants, leur expression doit rester *libre* comme la volonté qui les stipule et les consent (n° 78, I).

3° Enfin, ces règles de notre droit public, auxquelles leur importance a fait attribuer le nom de *lois*, de *lois constitutionnelles* : — déclarations de droits et de franchises, institutions des pouvoirs, etc., ces dispositions ne sont pas des lois (n° 41) dans le sens exact de la définition, des *lois, règles d'action*, mais seulement des actes de puissance, de création, qui n'ont rien d'analogue avec elles. — Émanant d'ailleurs du *Pouvoir constituant* en possession absolue de lui-même, aussi *libre* dès lors dans le choix de ses moyens que dans la détermination de son but, leur manifestation doit rester *libre* comme la volonté souveraine qui les établit ; elles ne pourraient, sans violer leur propre nature, se plier aux formes d'une lettre exclusivement appropriée à la *nature* d'une pensée subordonnée, aux LOIS du *Pouvoir législatif* (n° 78, I).

Ces dernières seules sont des *lois*, des *lois* présentant des données de rédaction rationnelle, — conçues par un *Pouvoir constitué* en vue d'un *but préétabli*, ayant à le réaliser dans des conditions déterminées : ce sont aussi les seules dont la rédaction comporte des formules rationnelles (n°s 16 et 78, III).

81. Le second résultat de l'application de nos *règles de méthodes* sur notre *base d'opération* a été de nous donner le caractère vrai de chaque ordre de lois, et de bien mettre en relief l'idée dominante et différentielle de chaque espèce.

Elles se sont, à ce point de vue, partagées en deux ordres, d'après le *caractère général de leur dispositif* (n° 44), puis, et dans chacun d'eux, elles se sont divisées en deux catégories bien distinctes, d'après le *caractère civil ou pénal de leurs sanctions* (n° 55) ; — et nous avons pu alors conclure que toute formule rationnelle ayant à reproduire par ses termes le double caractère de chaque disposition légale, impliquait nécessairement et toujours deux parties dans sa construction, l'une *prohibitive* ou *impérative* pour le *dispositif*, et l'autre *civile* ou *pénale*, suivant la nature *civile* ou *pénale* de la *sanction*. Le résultat a pleinement à cet égard justifié la théorie.

82. Autre résultat : — Le caractère connu de chaque ordre de lois nous en a livré le verbe.

Digitized by Google

La loi par son *dispositif* étant essentiellement une *règle d'action* ne se peut concevoir sans un verbe *indicatif de l'action* qu'elle ordonne ou qu'elle défend; en un mot, sans un VERBE ACTIF.

Par sa *sanction*, c'est le contraire : — Tout *agent* d'infraction étant le patient de la *peine*, on ne saurait comprendre la loi, à ce point de vue et sous ce rapport, sans un verbe indicatif de l'*état passif* du délinquant, comme condition de la peine dont il est *passible* pour *avoir commis* ou *omis* l'acte prohibé ou ordonné, en d'autres termes, sans un VERBE PASSIF.

Il est dès lors bien facile de deviner que, suivant qu'elle se construira, d'après le *dispositif* ou la *sanction*, la rédaction de la loi comportera un verbe *actif* ou un verbe *passif* dans sa formule.

Mais quelle règle suivre à cet égard? Entre ces deux bases, la *sanction* et le *dispositif*, quels motifs de préférence?

Le principe en cette matière est que la formule rationnelle se doit produire sur l'idée dominante et caractéristique de la loi.

Dans les lois civiles, — dont la sanction, ainsi que nous l'avons déjà vu et qu'on le verra mieux plus loin, est invariable, et consiste toujours dans la nullité des actes irréguliers et la réparation du préjudice causé, — cette idée réside dans le précepte, le *dispositif*; — *dans les lois pénales* au contraire, c'est la *peine*, la *sanction*, qui, variant pour chaque infraction, doit toujours être déterminée pour être applicable.

Si le *dispositif* est la substance des *lois civiles*; — la *peine* est la partie capitale des *lois pénales*, le signe supérieur de leur autorité, l'intimidation qu'elle produit est un de leurs effets les plus salutaires. C'est donc par ce côté particulièrement énergique, qui sous-entend d'ailleurs suffisamment la disposition à *verbe actif* qu'elle sanctionne, qu'il est rationnel et qu'il convient de manifester ces sortes de lois.

Voilà pourquoi les formules des *lois pénales* se construiront d'après leur caractère sanctionnateur, et celles des *lois civiles* d'après le caractère de leur dispositif.

La rédaction des unes exigera en conséquence le *verbe passif*, le *verbe actif* sera le fondement des autres.

Tels sont les points sur lesquels nous avions à fixer l'attention, afin d'établir l'exactitude des formules qui vont se préciser dans

Digitized by Google

des paragraphes correspondants aux divers ordres de lois qui divisent l'ensemble de la législation dans notre système.

I. — De la rédaction des lois prohibitives.

83. Dans l'ordre des *lois prohibitives*, — et suivant les effets *directs* ou *indirects* des actes qu'elles ont en vue, le caractère *absolu* ou *relatif* de leur dispositif, et les effets *directs* ou *indirects* de leurs sanctions, — nous avons précédemment constaté quatre classes distinctes de prohibitions (n° 53), savoir :

1° Les prohibitions *absolues* d'actes à *effets directs*, avec sanction *directe pénale*. Lois *pénales d'intérêt général* (n° 53, *a* 1°).

2° Les prohibitions *relatives* d'actes à *effets directs*, avec sanctions directes *pénales*, dites aussi lois *pénales*, mais seulement d'*intérêt privé* (n° 53, *b* 1°).

3° Les prohibitions *absolues* d'actes à *effets indirects*, avec sanction *indirecte civile*, ce sont les lois *civiles* d'*ordre public* (n° 53, *a* 2°).

4° Les prohibitions *relatives* d'actes à *effets indirects*, avec sanction *indirecte* civile, dites aussi *lois civiles*, mais seulement d'*intérêt privé* (n° 53, *b* 2°).

A ces quatre classes de lois doivent nécessairement correspondre quatre sortes *de formules prohibitives*, quatre formules qui, manifestant par l'ensemble de leur construction le caractère général de l'ordre, pussent néanmoins se prêter aux modifications que pourront comporter les *différences caractéristiques* de leurs variétés.

Ce qui nous conduit tout naturellement à rechercher les idées spéciales, constitutives et différentielles de chaque espèce de lois, afin d'en déduire les expressions qui, étant toujours consacrées à les exprimer, deviendront le mot d'ordre des formules particulières à chacune des variétés des dispositions législatives.

Nous n'avons, à cet effet, qu'à résumer les résultats de nos précédentes démonstrations.

I. — Lois pénales d'intérêt général. — Restrictions absolues de la liberté individuelle, ces lois étant d'ordre public, les pouvoirs publics devront pourvoir *d'office* à leur exécution. — Leurs idées constitutives se tirent de la nature des

Digitized by Google

actes ou infractions qu'elles ont pour but de prévenir et de punir; on en a distingué deux sortes :

1° Les infractions, dont les éléments essentiels sont *la culpabilité de l'agent* et le *fait de la perpétration de l'acte* défendu. — La pratique les a qualifiées *crimes* et *délits* (n° 53, A et *a* 1°).

2° Les infractions, dont l'élément essentiel consiste dans le *fait seul* de la *commission de l'acte prohibé*, indépendamment de l'intention de l'agent. — On les désigne par le nom de *contraventions* (n° 53, *a* 1°).

La culpabilité de l'agent, la commission de l'acte défendu, et, d'autre part, la peine; ce sont là les *idées dominantes et caractéristiques* que devra manifester la formule des lois qui auront pour objet les infractions de la première catégorie;

La commission du fait et la peine seront d'autre part celles qu'auront à exprimer les formules des lois destinées à prévenir les infractions de la seconde (n° 53, II).

II. — Lois pénales d'intérêt privé. — Les lois de cette classe n'intéressent que d'une manière secondaire l'ordre public, aussi leur application est-elle subordonnée à la plainte ou à la poursuite des parties dont elles ont pour but de protéger spécialement les droits (n° 53, II).

Les idées qui les constituent se tirent de la nature des actes qui les violent et des sanctions qui assurent leur exécution. — Nous avons sous ce rapport distingué trois sortes d'infractions, qui sont :

1° Les infractions prévues par les lois pénales, et dont la poursuite exige la plainte préalable des parties lésées. — On leur a donné le nom de *délits privés* pour les distinguer des *délits ordinaires*, dont ils ont les mêmes éléments [1].

La culpabilité de l'agent, la commission de l'acte défendu et l'application de la peine subordonnée à la plainte préalable des personnes intéressées, sont ici les points *caractéristiques et différentiels* sur lesquels devra porter la formule des lois qui les concernent (n° 53, II, 1°).

2° Les actes illicites par lesquels on lèse méchamment les droits d'autrui, et que les lois punissent par la condamnation à des réparations civiles avec contrainte par corps; — ce sont les *délits civils* [2].

[1], [2], [3] Voir, sur ces différentes infractions, ce qui en a été dit sous le n° 53.

Digitized by Google

L'intention de nuire, la commission sans droit d'un fait préjudiciable, sa réparation sur la poursuite de la partie lésée et l'exécution par la voie de la contrainte par corps, voilà quelles sont ici les *idées caractéristiques et différentielles* que devra mettre en saillie la formule des lois relatives aux infractions de cette catégorie (n° 53, II, 2°).

3° Et les actes également illicites, par lesquels on porte aussi préjudice aux droits d'autrui, mais sans intention méchante (imprudence, négligence, omission), et dont la réparation pour cette raison n'entraînera pas la contrainte par corps. On les désigne généralement sous le nom de *quasi-délits*[3].

La rédaction des lois qui les concernent devra indiquer dans la formule **la faute de l'agent, la commission sans droit du fait préjudiciable et sa réparation sur la demande de la partie intéressée** (n° 53, II, 2°).

Tels sont les points par lesquels se distingueront entre elles les formules affectées aux différentes *lois pénales*.

III. — Lois civiles d'intérêt général. — Aussi absolues dans leurs restrictions de la liberté individuelle que les lois de la première classe, les lois de la troisième sont également des lois *d'ordre public*, et, comme elles, exécutoires *d'office;* mais leur violation, à la différence des autres, ne pouvant se réaliser en dernière analyse que par le concours de la loi et l'intervention du *mandons* et *ordonnons* de l'autorité publique (n° 53, III), ce ne sera plus l'application d'une peine afflictive ou réparatrice qui sera dès lors la préoccupation du législateur, mais la définition exacte et précise des actes qu'il importera à l'intérêt général de rendre *impossibles*, de frapper *d'inexistence* en leur refusant la force et la vie civiles que sa puissance seule peut donner. — Cette idée d'**impuissance radicale** dans l'agent, d'**impossibilité initiale** de l'acte, sera donc l'*idée caractéristique* que devra mettre en lumière la formule de ces lois prohibitives, formule qui s'attachera, dès lors, à indiquer les actes que la liberté des citoyens **ne pourra légalement se permettre.**

IV. — Lois civiles d'intérêt privé. — Ces lois ne diffèrent des précédentes que par l'*impuissance relative* des actes destinés à les violer. — N'intéressant qu'indirectement l'ordre public, leur sanction sera donc, comme pour les lois de la deuxième classe, subordonnée à la réaction des droits privés

Digitized by Google

dont elles sont la sauvegarde spéciale, il suit de là que l'acte défendu n'est pas aux yeux de la loi d'une *impossibilité absolue*, qu'elle n'aura donc à lui refuser tout effet légal, toute force exécutoire, qu'à l'égard des intérêts dont cet acte menacerait ou léserait les droits. — C'est cette idée d'**impossibilité relative** de l'acte, de **devoir** de s'en abstenir, qui différencie les lois de la troisième et de la quatrième classe. — La formule de leur rédaction exprimera cette différence, en précisant dans sa prohibition les actes que, sur ce point, la liberté des citoyens ne **devra jamais se permettre**.

Excès de pouvoirs absolus ou relatifs, constatés d'office ou sur la demande des intéressés, impuissance absolue ou relative, et, par suite, annulation des actes qu'on ne **peut** et qu'on ne **doit pas** se permettre, voilà quelles sont les *idées caractéristiques* que dans la rédaction des *lois civiles* nos formules auront à exprimer.

§ 1. — *Formules des lois prohibitives pénales.*

84. La rédaction rationnelle des lois prohibitives pénales exigera d'abord la notion claire et précise :

1° De la *classe de citoyens* à laquelle le législateur aura à s'adresser : commerçants, ouvriers, patrons, etc., etc.

2° De la *culpabilité* ou de l'*intention de nuire* de l'agent, comme condition essentielle de certaines infractions ;

3° De l'*acte* ou des *faits défendus*, — lesquels devront être définis par les faits matériels qui les réalisent, les résultats qu'ils produisent d'ordinaire, les modes ou moyens de leur accomplissement et toutes les circonstances de temps, de lieu et de relation qui les caractérisent (n° 73, II) ;

4° De la *peine* nécessaire pour sanctionner efficacement la disposition de la loi ;

5° De la nature des droits directement intéressés à son application, laquelle aura lieu *d'office* ou *sur la plainte des parties lésées*, suivant que la prohibition protégera spécialement l'ordre public ou certains intérêts privés.

Les formules qui se prêteront le mieux à l'expression de ces notions, ainsi qu'aux modifications que comporte la variété des cas divers qui seront l'objet des différentes dispositions législatives, se construiront de la manière suivante, selon la nature

Digitized by Google

plus ou moins agressive des actes que leurs prohibitions auront pour but de prévenir, ainsi :

I. — Pour les lois pénales d'intérêt général,

A. — Concernant les *crimes* et les *délits*, la formule sera :

Dispositif. — **Quiconque**, ou **tout N.....** (nommer ici la classe de citoyen à laquelle la loi s'adresse) ..... **qui sera reconnu coupable de** ..... ou **d'avoir** [1] ..... (définir avec précision l'acte prohibé, n° 84, 3°)...

Sanction. — **Sera puni de** ..... (indiquer la nature et la quotité de la peine).

B. — Concernant les *contraventions*, la formule sera :

Dispositif. — **Quiconque**, ou **tout N...** (nommer la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse) ..... **qui sera convaincu d'avoir** ..... ou **de** [2]..... (définir avec précision l'acte prohibé, comme il est dit au n° 84, 3°).

Sanction. — **Sera puni de** ..... (indiquer la nature et la quotité de la peine).

II. — Pour les lois pénales d'intérêt privé,

A. — Concernant les *délits privés*, la formule se modifiera comme suit dans sa dernière partie :

Dispositif. — **Quiconque**, ou **tout N.....** (nommer la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse)..... **qui sera reconnu coupable d'avoir**..... ou **de** [3]..... (définir avec précision l'acte prohibé, n° 84, 3°).....

Sanction. — **Sera, sur la plainte ou l'autorisation préalable des personnes lésées, puni de** ..... (indiquer ici la nature et la quotité de la peine applicable).

[1], [2], [3] Il importe de remarquer que, malgré l'état de passivité qu'impose au verbe chacune de ces formules, elles impliquent toutes une *prohibition à verbe actif*. La raison en est que la formule rationnelle se produisant sur l'idée caractéristique et dominante qui, pour les lois pénales, est la sanction (V. n°s 81 et 82, § 1), leur construction sous-entend nécessairement le dispositif que cette sanction présuppose, pendant que l'état passif de l'agent coupable en présence de la peine, commande le même état passif dans le verbe. C'est ce qui explique pourquoi, à la différence des lois civiles qui veulent un verbe actif, les formules pénales ne comportent que le passif ou l'indication de l'acte par le substantif qui le désigne.

Digitized by Google

B. — Concernant les *délits civils*, la formule sera :

Dispositif. — **Quiconque**, ou **tout N**..... (nommer la classe de citoyens que la loi aura en vue) **qui aura volontairement**, et **avec intention de nuire, causé sans droit un dommage à autrui, en**..... ou **par**[1]..... (définir ici avec précision l'acte prohibé ou les moyens du fait dommageable, n° 84, 3°).....

Sanction. — **Sera, sur la demande de la partie intéressée, condamné à le réparer en**.....(indiquer la nature de la réparation)....., **avec exécution par voie de contrainte par corps.**

C. — Concernant les *quasi-délits*, la formule précédente se modifie :

Dispositif. — **Quiconque**, ou **tout N**..... (nommer la classe de citoyens que la loi aura en vue)..... **qui aura volontairement causé sans droit un dommage à autrui, en**..... ou **par**[2]..... (définir le fait prohibé).

Sanction. — **Sera, sur la demande de la partie intéressée, condamné à le réparer en**... (indiquer la nature de la réparation).

Ces formules, les premières surtout, diffèrent peu, on le voit, de celles qui sont généralement de style dans la rédaction des lois pénales de nos jours[3]; mais si peu importants que paraissent être sous ce rapport les points qui les distinguent, on peut être certain d'avance de l'influence considérable que leur adoption systématique exercerait sur les progrès de la législation et sur son enseignement, et des bienfaits qu'elle produirait dans la pratique judiciaire[4]. L'application que nous en avons fait déjà par nous-même à la révision de nos lois nous permet d'en donner l'assurance.

[1], [2] V. la note précédente.

[3] Il faut reconnaitre que le législateur a presque sous ce rapport, et d'instinct, deviné ses formules rationnelles.

[4] Et cela est vrai, n'eussent-elles d'autres résultats que de faire rejeter à tout jamais les formules vicieuses qui spécifient la prohibition de la loi par la punition d'un acte, abstraction faite de l'agent, ou par l'identification de l'acte et de l'agent, comme dans les dispositions suivantes : Art. 204 C. pén. : « Tout écrit contenant..... sera puni..... » — Art. 223 : « L'outrage..... sera puni....., etc. » — L. 27 juillet 1849, art. 6 : « Tout colporteur ou distributeur d'écrits..... sera puni....., etc., etc. »

Digitized by Google

§ 2. — *Formules des lois prohibitives civiles.*

85. La rédaction rationnelle des lois prohibitives civiles exigera, de son côté, les notions claires et précises :

1° De la *classe de citoyens* à laquelle le législateur s'adressera, tels que l'homme, la femme, le mineur, le tuteur, le propriétaire, le commerçant, l'héritier, le légataire, le possesseur, le créancier, le débiteur, etc., etc., à moins qu'il ne s'adresse à la généralité des citoyens;

2° De l'importance des droits directement et spécialement intéressés à la prohibition, afin de déterminer si elle doit être *relative* ou *absolue*, c'est-à-dire si l'acte qu'elle indiquera *ne peut* ou *ne doit pas* rester permis à la liberté individuelle;

3° *De l'acte défendu*, — qu'il sera nécessaire de définir avec précision par son but, ses effets, ses circonstances de temps, de lieu et de modes, de manière à ne laisser aucun doute sur la portée de la disposition;

4° De la *sanction* nécessaire pour en assurer la force obligatoire; — elle consistera dans la *nullité absolue* ou *relative* de l'acte prohibé, suivant le caractère absolu ou relatif de la prohibition (n° 83, III et II).

Les formules qui se prêteront le mieux à l'expression de ces notions, ainsi qu'aux modifications que comporte la variété des cas particuliers qui feront l'objet des prohibitions civiles, se construiront de la manière suivante :

I. — Pour les lois civiles d'intérêt général.

Dispositif. — **Nul**, ou **le N.....** (désigner ici la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse, n° 85, 1°).....
Ne peut..... (définir avec précision l'acte prohibé, de manière à ne laisser aucun doute sur la prohibition, comme il est dit au n° 85, 3°).....

Sanction. — **Sous peine de nullité absolue.**

II. — Pour les lois civiles d'intérêt privé.

Dispositif. — **Nul**, ou **le N.....** (nommer la classe de citoyens à laquelle la loi s'adresse spécialement, n° 85, n° 1).
Ne doit..... (définir avec précision l'acte prohibé, ainsi qu'il est dit au n° 85, 3°).....

Sanction. — **Sous peine de nullité relative.**

Observation. — Ces formules, conformément aux principes

Digitized by Google

établis ci-dessus (n° 81), devaient comprendre deux membres : le *dispositif* et la *sanction*. Cependant, comme pour chacune d'elles la *sanction* reste invariable, quel que soit le *dispositif*, et s'induit même du premier terme de la formule, nous ne verrions aucun inconvénient à supprimer dans l'une et dans l'autre le membre *sanctionnateur*, et à en faire l'objet de deux dispositions générales qui figureraient dans l'ordre des lois impératives et y assureraient l'efficacité du dispositif des lois civiles, en ordonnant aux tribunaux de prononcer la *nullité*, *d'office* ou *sur la demande des intéressés*, des actes qu'on ne *pouvait* ou qu'on ne *devait* pas légalement se permettre [1].

Cette modification, en réduisant chaque formule à son premier terme, aurait cet avantage de simplifier et de dégager la rédaction.

NUL, ou TEL NE PEUT..... — NUL, ou TEL NE DOIT..... Rien de plus rationnel que ces deux formules; elles satisfont à toutes les conditions de la logique, en exprimant avec une concision énergique les idées caractéristiques et différentielles des deux sortes de lois civiles.—*Nul ne peut*, indique l'impuissance absolue de l'agent; son infraction est nécessairement alors un excès de pouvoir qui entraîne ou plutôt implique la *nullité absolue* de son acte. — *Nul ne doit*, suppose l'impuissance relative de l'agent; son infraction *un abus de pouvoir* contraire *au devoir* qui entraîne par suite la *nullité relative* de l'acte à l'égard de celui vis-à-vis duquel il ne *devait* pas se produire, —et cela sans même qu'il soit nécessaire de le dire, car ce que *nul ne peut, ne peut être,* et ce que *nul ne doit, ne doit être.*

§ 3. — *Formules des exceptions.*

86. Il n'est règle si absolue qui n'ait ses exceptions. Les lois civiles comme les lois pénales ont les leurs. — Leur rédaction nous paraît pouvoir accepter à cet égard les formules suivantes :

[1] Voici comment pourraient être conçues ces deux dispositions : 1° Les juges ou les tribunaux compétents pour statuer sur la validité des actes dont l'exécution est demandée, devront, sur les conclusions du ministère public ou des parties intéressées, ou même d'office, déclarer nuls et annuler les actes qu'on *ne pouvait* légalement se permettre.

2° Les juges ou les tribunaux saisis d'une demande en exécution d'acte devront, sur les conclusions des parties intéressées, déclarer nuls et annuler à leur égard les actes qu'on *ne devait pas*, quant à eux, légalement se permettre.

Digitized by Google

I. — Pour les lois pénales.

Néanmoins il ne sera prononcé aucune peine si..... (indiquer l'acte excepté de la prohibition ou les circonstances qui font disparaître la culpabilité de l'agent ou la criminalité de l'acte), — ou bien encore :

Sont exceptés de la prohibition..., etc. (indiquer l'acte ou le fait excepté).

II. — Pour les lois civiles.

Néanmoins on pourra...., ou **le N.....** (désigner la classe de citoyens dont s'agit)..... **pourra.....** (définir l'acte excepté de la prohibition), — ou bien encore, et comme ci-dessus :

Sont exceptés de la prohibition...., etc. (indiquer l'acte ou le fait excepté).

Voilà pour les lois (prohibitives) des *citoyens;* voyons pour les lois (impératives) des *fonctionnaires.*

II. — De la rédaction des lois impératives.

87. Les lois impératives, suivant la nature de leurs sanctions, se partagent en deux classes :

1° Les lois impératives à sanctions *pénales*, — se distinguant en lois *pénales* proprement dites et lois *disciplinaires;* et

2° Les lois impératives à sanctions *civiles* ou *lois de procédure.*

Inutile de répéter ici que leurs impérations étant *des ordres* émanés de l'autorité publique, sont essentiellement des lois *d'ordre public*, et ne comportent pas dès lors, comme les lois prohibitives, la subdivision en *absolues* et *relatives* (n° 54).

§ 1. — *Formules des lois impératives pénales.*

88. Les lois répressives des crimes et des délits des fonctionnaires ne différant de celles qui ont pour objet les crimes et les délits des citoyens que par la *désignation spéciale du fonctionnaire* qui les pourra commettre, leur rédaction acceptera les formules des lois prohibitives, avec cette *désignation* dans leur dispositif et une addition relative aux *réparations civiles* dans la sanction. — Ainsi :

I. — Pour les lois pénales, la formule sera comme suit :

Dispositif. — **Tout fonctionnaire....** (si la loi s'adresse à tous) ou

Digitized by Google

tout N..... (désigner la classe spéciale de fonctionnaires que la disposition concerne).....

Qui sera reconnu coupable de..., ou **d'avoir**[1]..... (définir l'acte ou le fait que le fonctionnaire aura **commis** ou **omis** contrairement à ses devoirs fonctionnels)....,

Sanction. — **Sera puni de.....** (indiquer la nature et la quotité de la peine),

Et, s'il y a lieu, condamné à des réparations civiles sur la demande des parties lésées, avec contrainte par corps.

II. — Pour les lois disciplinaires.

A la différence des *crimes* et *délits* des fonctionnaires, dont les éléments constitutifs sont l'*intention coupable* et le *fait* puni par la loi; les *fautes disciplinaires* existent par le *fait seul* de l'infraction, indépendamment de l'*intention;* — la rédaction des lois qui les concernent devra donc, en acceptant la formule précédente, en modifier le *dispositif* et la *sanction,* eu égard à cette particularité. — Voici en conséquence ce qu'elle deviendra pour les lois disciplinaires :

Dispositif. — **Tout fonctionnaire.,,..** ou — **tout N.,,,,** (désigner l'ordre spécial de fonctionnaires que la disposition concerne).....

Qui aura omis,..,. (en cas d'omission), ou — **commis**[2].,., (en cas de commission).... (définir avec précision l'acte d'omission ou de commission contraire aux devoirs fonctionnels)....,

Sanction. — **Sera puni de.....** (indiquer les peines disciplinaires applicables),

Et, s'il y a lieu, condamné à des réparations civiles à la demande des parties intéressées, ou aux frais des actes et des procédures qui seraient à recommencer par sa faute.

Quant aux exceptions, mêmes formules que celles du n° 86.

[1], [2] Il importe de remarquer ici également que, malgré la passivité du verbe que chacune de ces formules comporte, elles impliquent et présupposent toutes une *impération* ou une *prohibition* à *verbe actif.* — V. les notes [1], [2], [3], [4], [5] du § 82.

Digitized by Google

§ 2. — *Formules des lois impératives civiles ou de procédure.*

89. Les lois impératives reposant essentiellement sur l'idée du *devoir* imposé aux fonctionnaires qu'elles dirigent, et dont les pouvoirs expirent lorsqu'ils cessent de lui obéir, leur rédaction exigera du législateur la notion claire et précise :

1° De *l'ordre spécial* de fonctionnaires auquel son impération s'adressera ;

2° Du *devoir* qui constitue le *pouvoir* des fonctions, ainsi que cela a été démontré précédemment (V. n°s 29, II, B, et 30, II, B);

3° De *l'acte* ou des *faits ordonnés* qu'il importera de définir par son but, ses résultats, ses moyens et toutes les circonstances de temps, de lieu et de relation qui les caractérisent et auxquelles leur accomplissement est subordonné;

4° De la sanction nécessaire pour assurer l'exécution de la loi; — elle se réalisera, nous les avons (n° 54, II, III) : quant *aux actes accomplis* en dehors des prescriptions de la loi, par leur annulation ou réformation, ou l'annulation ou réformation de la procédure, dont le sort était lié à leur validité; — quant *aux fonctionnaires*, par des peines ordinaires ou disciplinaires, ou par des condamnations aux frais des actes ou procédures à recommencer, et, s'il y a lieu, à la réparation civile du dommage causé par leur infraction. — Cette dernière partie est plus spécialement l'objet des lois disciplinaires et ordinaires, et les lois de procédure ne pourront à cet égard qu'y renvoyer.

La formule qui se prêtera le mieux à l'expression de ces notions, ainsi qu'aux modifications que comporte la diversité des cas et des espèces, se construira comme suit :

Dispositif. — **Le..., ou les N.....** (désigner l'ordre de fonctionnaires auquel s'adresse l'impération [1]),.....,
Devra, ou **devront** [2],... (définir ici l'acte ordonné, de manière à ne laisser aucun doute sur son but, ses moyens, ses circonstances et les actes auxquels il se trouve lié).

Sanction. — **Et ce à peine de la nullité de l'acte ou de la procédure et de la condamnation aux frais que**

[1] Cette formule veut un verbe actif pour la définition de l'acte commandé; c'est le signe de sa légitimité. — V. n°s 81 et 89, *in fine*.

Digitized by Google

cette annulation pourrait entraîner, et aux réparations civiles auxquelles elle pourrait donner lieu, sans préjudice d'autres peines.

Observation. — Conformément aux principes ci-dessus (n° 81), cette formule devait se composer de deux parties, le dispositif et la sanction; — cependant comme cette dernière sera toujours et partout la même, nous ne verrions aucun inconvénient à la supprimer pour en faire l'objet d'une disposition générale qui édicterait une fois pour toutes les peines et les réparations de nature à sanctionner efficacement les lois de procédure[1].

Cette modification, en réduisant la formule à son premier terme, aurait ce double et précieux avantage d'abréger et de dégager la rédaction.

Le N..... (fonctionnaire) DEVRA..... Telle sera donc, dans sa plus simple expression, la formule rationnelle des lois de procédure, dont l'emploi dans la pratique préviendra tout écart et obligera le législateur à préciser sa propre pensée, afin de déterminer, sur chaque point et pour chaque ordre de fonction, *les actes utiles* à la réalisation du but social.

§ 3. — *Formules des exceptions.*

90. Les lois impératives ainsi que les lois prohibitives sont susceptibles d'exceptions; d'autre part, il est des cas pour lesquels il convient de laisser aux fonctionnaires une certaine latitude; il est très-important, afin de prévenir l'arbitraire, que ces cas soient expressément indiqués par le législateur.—La formule qui nous semblerait à cet effet pourvoir le plus rationnellement à toutes les circonstances exceptionnelles est la suivante :

Le..., ou **les N...** (désigner la classe de fonctionnaires) **devra**, ou **devront, s'il y a lieu.....** (indiquer les cas exceptionnels et l'acte qu'ils devront accomplir), **et ce sous peine de nullité**, etc. (comme pour la formule ordinaire).

[1] Voici comment nous concevrions la rédaction de cette disposition : « Les juges ou les tribunaux saisis devront prononcer la nullité des actes et des procédures accomplis en dehors des cas prévus et des conditions prescrites par la loi; condamner, s'il y a lieu, le fonctionnaire responsable aux frais de l'acte ou de la procédure à recommencer ou à réformer, et aux réparations civiles du préjudice que son infraction aurait causé, sans préjudice des peines ordinaires ou disciplinaires qu'elle pourrait entraîner. »

Digitized by Google

Cette rédaction, par les mots S'IL Y A LIEU ajoutés à l'expression DEVRA, en donnant aux fonctionnaires une certaine liberté d'action et d'appréciation, a l'inappréciable avantage de conserver à la disposition son caractère *impératif obligatoire*, et de respecter surtout l'idée qui domine la vie fonctionnelle, l'idée fondamentale du *devoir* que l'on n'est que trop porté à oublier pour s'exagérer le pouvoir dont on est investi, ce que ne ferait pas aussi bien la formule généralement employée : Le N... *pourra*, ou *pourront*..... Cette dernière expression, qui efface l'idée du *devoir* sous celle du *pouvoir*, et flatte plus l'amour-propre de ceux auxquels la loi s'adresse, est une des causes de l'erreur qui a conduit à admettre l'existence *des lois permissives*[1].

III. — APPLICATION DE CES FORMULES A LA RÉVISION DES LOIS ACTUELLES.

91. Ces formules logiquement déduites de la nature des lois, du Pouvoir dont elles émanent et des Activités qu'elles ont à diriger, sont les seules rationnelles, les seules qu'il soit même logiquement possible de concevoir. — Elles embrassent la législation dans tous ses détails[2], satisfont sans efforts à toutes les exigences et répondent à toutes les situations. — Ce sont aussi les seules que nous nous proposons d'appliquer à la révision des textes, dans la partie expérimentale de cette étude, pour préparer les éléments d'une codification rationnelle et progressive pour le présent et l'avenir.

Cette application de nos formules à la révision des dispositions contenues dans nos Codes sera un travail long et pénible sans doute, nous n'en disconvenons pas, mais il ne présente rien que de très-simple dans ses procédés.—Opération presque mécanique en elle-même. Sa plus grande difficulté consistera à se poser et à résoudre sur chaque texte les trois séries de questions suivantes, afin de déterminer la formule spéciale qu'exigera sa rédaction :

1° Quels sont l'objet et le but de cette disposition? Contient-elle une *règle d'action* extérieure et physique? Si, oui, c'est une loi (n° 43); nos formules lui sont applicables. — S'adresse-t-elle

[1] V. ce qui a été dit n° 48, au sujet des lois permissives.

[2] Nos formules embrassent l'ensemble de la législation, et c'est là encore un signe de leur excellence. — Elles embrassent l'ensemble de la législation, parce qu'elles correspondent à toutes les catégories législatives, et qu'il est impossible de concevoir une loi qui ne rentre pas dans ces catégories.

Digitized by Google

aux *citoyens* ou aux *fonctionnaires?* — A-t-elle en vue un acte *à défendre* ou *à ordonner?* — Dans le premier cas, c'est une *formule prohibitive*, et dans le second, une *formule impérative* qu'il sera rationnel d'appliquer. — Si l'article n'ordonne ni ne défend, il ne porte en lui aucune *règle d'action;* ce n'est pas une loi (n° 43), mais une simple disposition doctrinale (*définition*, *division*, *règle de droit*, *principe* ou *déclaration constitutionnelle*) qu'il importera d'écarter du livre des lois (n° 83).

2° Il s'agit d'un acte prohibé.— Peut-il avoir par lui-même un effet *direct* ou *indirect* (n° 53)?— On emploiera, suivant le cas, une formule prohibitive *pénale* ou *civile.* — La société est-elle particulièrement intéressée à le prévenir et à le punir? ce sera alors une formule *civile* ou *pénale d'ordre public;* — sinon on exprimera la prohibition *d'ordre privé*, suivant les formules qui subordonnent l'intervention de l'autorité publique à la plainte ou à la poursuite des parties intéressées.

3° Il s'agit d'un acte ordonné. — A-t-il par lui-même un *effet direct ou indirect* (n° 53), ce sera, suivant le cas, une formule impérative *pénale* ou de *procédure* qu'exigera la rédaction de l'impération, et, selon la gravité intentionnelle ou la nature positive ou négative de l'infraction, on appliquera l'une des trois formules affectées à l'ordre des lois impératives.

Cet aperçu de la méthode à suivre dans l'application de nos formules à la révision des textes contenus dans le *Bulletin des lois,* suffit, je pense, pour démontrer la simplicité pratique et la sûreté d'une pareille opération.

92. Un mot encore à ce sujet.

Nous avons déjà dit (n° 81), ou fait remarquer à diverses reprises à la note, que les formules des lois pénales appellent nécessairement un verbe passif, et celles des lois civiles un verbe actif, dans la définition des actes qu'elles ont pour but de provoquer ou de proscrire.

Ce résultat, auquel on serait peut-être tenté de n'attacher qu'une médiocre importance, est non-seulement la preuve de leur excellence, le signe manifeste de leur légitimité, mais encore un *criterium* pour distinguer une loi de ce qui n'en a que l'apparence.

Le verbe *actif* est la racine, le pivot, l'âme du vouloir législatif; le verbe *passif* est le siége de sa puissance coercitive. — Pas de lois *règles d'action*, sans *verbe actif;* pas de lois indica-

Digitized by Google

tives de la *passibilité* d'une action, sans un *verbe passif*. — Ce sont là des points qui ne comportent ni discussion ni doute; les axiomes en mathématique ne sont pas plus évidents.

En conséquence, lorsque la rédaction d'un texte ne se pourra point plier aux formules civiles ou de procédure avec un *verbe actif, indicatif d'une action extérieure positive*, ou aux formules pénales avec un verbe passif, indicatif aussi d'un fait *commis* ou *omis*, *passible d'une peine*, — pas ne sera besoin d'en demander plus : — ce texte ne porte en lui aucune règle d'action, ce n'est pas une loi, on le doit rejeter des Codes; — car la rédaction des lois ne comporte ni *verbe réfléchi*, ni *verbe neutre*, ni *verbe impersonnel*. — Il n'en est pas du législateur comme des littérateurs et des poëtes, — auxquels

Quidlibet audendi *semper* fuit æqua potestas.

Il n'y a que ceux qui ignorent le caractère et la nature des lois qui peuvent se faire illusion encore sur les libertés du style législatif [1]. — La *subordination* de l'idée exclut la *liberté* du verbe. — Chaque loi a sa formule et n'en a qu'une; de même que toute pensée n'a qu'une seule forme parfaitement identique à sa nature.

N'avions-nous pas, dès lors, bien raison de dire que nos formules étaient, par la logique extérieure de leur construction matérielle, qu'on me passe le mot, des *critériums* [2] *infaillibles* en matière de législation (V. note 1, § 9)? — Ici comme devant, nous pouvons donc répéter avec assurance et conviction que leur application à la révision de nos Codes aura pour effet immédiat de les délivrer d'une multitude de dispositions, qui sont des règles de doctrine au lieu d'être de véritables lois, et de simplifier l'œuvre de la justice en faisant l'ordre et la lumière dans l'esprit même du législateur.

IV.

93. Quant aux règles à observer pour la rédaction des dispositions légales qui devront se plier à ces formules et les remplir, nous ne pouvons que renvoyer au chapitre des généralités,

[1] Voir ce qui a été dit à ce sujet n° 4.

[2] L'universel génie de Leibnitz en avait sans doute entrevu les premières bases lorsqu'il indiquait, dans le *desideratum* des ouvrages que réclamait la science juridique, une *sciagraphia juris in artem redigendi*.

Digitized by Google

où ont été suffisamment indiquées les qualités désirables du style législatif, et laisser à l'art d'écrire le soin de les réaliser au point de vue de la correction grammaticale.

En résumé, et pour finir sur ce point :

Exposés des motifs et des principes pratiques des lois,

Définitions légales de leurs termes,

Rédaction indépendante et correcte de chaque disposition législative (nos 9 et 104),

Emploi des formules rationnelles,

Tels sont les procédés techniques de notre système de RÉDACTION des lois. Il nous reste à faire connaître la méthode qui doit présider à leur CODIFICATION, et nous aurons accompli le programme de cette étude.

TITRE IV. — *Procédé technique de la codification rationnelle.*

CHAPITRE Ier.

CLASSEMENT GÉNÉRAL ET RATIONNEL DES LOIS FRANÇAISES.

94. Vice général des méthodes jusqu'à ce jour proposées ou pratiquées en matière de codification ; l'expérience les a condamnées sans retour. — Ne serait-il pas opportun de procéder d'après d'autres règles ?

95. La codification étant la conséquence de leur rédaction, se fonde nécessairement sur les mêmes principes ; elle repousse, par suite, les dispositions qui ne se peuvent plier aux formules rationnelles de rédaction.

96. La codification rationnelle des lois doit satisfaire aux divisions tirées de leur origine, de la nature des activités qu'elles régissent et des rapports qu'elles réglementent. — Ces divisions forment la base de notre système de classement.

97. Le classement rationnel des lois devant s'opérer d'après leur caractère, lequel caractère est indiqué par la formule de leur rédaction, il suit que l'identité des formules devient la règle de leur classification. — Rien de plus simple que le procédé pratique. — Exemple.

98. Plan et division du Digeste général des lois françaises. — I. Recueil de droit public. — II. Recueil des lois générales. — III. Recueil de droit privé ou d'interprétation judiciaire. — Divisions respectives de ces différents recueils.....

99. ..... Quant à la distribution des matières dans chacun des Codes que ces divisions indiquent, il appartient aux praticiens et aux hommes spéciaux dans chaque partie, d'en indiquer l'ordre ; le législateur devra sur ce point, comme toujours, procéder d'après la logique et l'observation.

100. Pour faciliter la recherche et les citations, il sera indispensable de numéroter les articles.

Digitized by Google

94. Un Code est comme une grande forêt, a dit Bentham [1]; MIEUX il est percé, plus il est connu. — Cela est vrai, mais le *mieux* est ici comme le *rien de trop* en toute chose,

. . . . . un point
Dont on parle beaucoup et qu'on n'observe point.

Bien des méthodes de codification, bien des projets se sont produits, ont été proposés et même adoptés depuis que la pratique législative a reconnu l'utilité des Codes : — qu'en est-il advenu? — Séduisants, les uns par l'enchaînement logique de leurs dispositions, les autres par l'ordre synthétique de leur classification, tous par la prétendue simplification qu'ils semblaient apporter dans le livre des lois, ils n'ont cependant pas tardé à subir les uns et les autres la même destinée : — ils étaient tous entachés du même vice [2].

Confondant ce qui était du domaine de la *doctrine* avec ce qui appartenait à la *législation*, la *partie stricte*, *coactive* et *directive* du droit avec sa *partie libre* et *dogmatique* [3], leurs auteurs s'étaient tous plus ou moins appliqués à construire des *touts* scientifiques systématiquement fermés par leur ordonnance et leur rédaction exclusives aux améliorations de l'avenir. — Ils avaient voulu ne laisser après eux rien à faire; aussi le Progrès, ce bienfaisant démonstrateur de l'imperfection de nos plus belles œuvres, a-t-il eu bientôt fait justice de l'enthousiasme qui les avait accueillies en brisant les cercles étroits

[1] *Vue générale d'un corps complet de législation*, chap. 1, t. I des œuvres de Bentham, édition belge de 1840.

[2] Conçu dans les mêmes idées et ordonné d'après la même méthode didactique, le projet du Code rural qui vient d'être présenté à l'empereur par le Sénat nous fait pressentir encore une de ces créations synthétiques qui n'ont d'un Code ni le fond ni la forme. — Traités de droit par l'ordre et l'enchaînement des matières, leur apparition est saluée comme un bienfait; mais vienne l'avenir, et leur insuffisance ne tarde pas à paraître. — Il en sera du Code rural et des Codes récemment promulgués pour l'armée de terre et pour l'armée de mer, ce qu'il en a été de tous ceux qui les ont précédés; il ne faudra même pas un demi-siècle pour en démontrer les imperfections, les lacunes, les vices de rédaction et la fausse classification; — cela est triste à dire, — mais cela est ainsi. — La jurisprudence, qui aura bientôt à s'expliquer sur le mérite de leur rédaction respective, dira si nous nous sommes trompé dans notre appréciation.

[3] Voir, sur les distinctions à faire entre ces différentes parties du droit, ce qui a été dit sous les nos 15 et 16.

Digitized by Google

dans lesquels leur orgueil avait tenté d'enserrer la civilisation.

Il n'y a pas à se faire illusion à cet égard : — l'expérience a partout condamné sans appel ces funestes *méthodes didactiques*, et cependant les habitudes reçues les défendront longtemps encore. — Car qui peut se flatter de triompher des préjugés et de la routine? — Le temps, le temps seul. — Il est donc toujours opportun de lui donner des idées à mûrir pour en faire des vérités. — Cette étude vient à son heure.

95. La codification étant la conséquence logique de la rédaction des lois (voy. n° 11) se doit nécessairement fonder sur les mêmes principes. Elle ne saurait donc accepter dans son cadre les dispositions qui ne pourraient se plier à nos formules de rédaction.

Ici et ainsi encore se trouvent tout d'abord écartées :

1° Ces *règles de droit public, institutions organiques*, auxquelles on a donné bien à tort, selon nous, le nom de lois constitutionnelles;

2° Ces *règles d'interprétation*, ces *définitions* et d'autres indications empruntées à la Doctrine ou à la pratique judiciaires, et qui ont été par inadvertance introduites dans les Codes;

3° Et les *clauses usuelles des contrats* nommés qui occupent aussi une si grande place dans notre législation civile.

Ces dispositions, quelles que soient d'ailleurs leur autorité et leur force, n'étant pas en réalité des lois proprement dites; des *lois générales*, *règles d'action*, ne sauraient rationnellement, cela a été déjà suffisamment démontré (n°s 15, 16 et 80), se placer à côté d'elles dans le livre des lois. — Nous ne les repousserons pas toutefois d'une manière absolue : — il est des concessions favorables que l'on peut faire sans danger aux habitudes traditionnelles : — recueillies avec soin, rédigées en manière de sentence et par articles comme des lois, ces dispositions formeront, sur l'arrière-plan du *Digeste perpétuel et progressif*, deux recueils accessoires destinés à en faciliter l'étude et l'application. — Nous nous expliquerons plus loin sur chacun d'eux.

96. « Toute loi, a dit le grand Portalis, suppose un législateur qui la promulgue et un peuple pour lui obéir. » Elle suppose plus encore : — « On ne saurait, en effet, concevoir les

Digitized by Google

» lois sans des droits, ou plutôt sans des *rapports juridiques* à » réglementer. »

La classification rationnelle des différentes branches d'une législation doit donc satisfaire aux trois points de vue sous lesquels on peut l'envisager, à savoir :

1° Au point de vue de sa source ou de l'autorité dont elle émane ;

2° Au point de vue des activités qu'elle régit et qui obéissent à son action ;

3° Au point de vue des rapports juridiques quelle est destinée à réglementer.

Notre système satisfait à cette triple donnée, et par ses *divisions* répond sans efforts sur ce point à toutes les exigences. — En voici la preuve.

I. Division des lois tirée de leur source ou de l'autorité dont elles émanent. — L'homme est un être individuel et collectif ; — il subit comme tel les nécessités de cette double nature : — si dans la sphère des intérêts collectifs, il reconnaît en conséquence la légitimité du droit social à soumettre sa *liberté naturelle* à des règles de conduite, il ne reconnaît pas moins, nous le savons (n° 46), la légitimité de sa propre autonomie dans la sphère inviolable et souveraine de sa *liberté légale*[1].

Deux sources de lois, deux législations concourant ainsi à la *direction* de son activité, il s'ensuit que l'on doit diviser, sous ce premier point de vue, la LÉGISLATION qui la régit en deux branches, et distinguer :

1° La législation émanant de la volonté individuelle, — *législation privée* conventionnelle des contrats ;

2° La législation émanant de la puissance sociale. — *Législation publique* proprement dite (nos 15 et 44).

Tout obligatoire que puisse être la première par l'effet de la protection et du concours de la seconde, elle ne saurait cependant tenir avec elle dans le même cadre et se plier au même classement ; nous croyons avoir suffisamment établi d'ailleurs, au titre des généralités, et nous y renvoyons, que cette der-

[1] La *liberté légale* diffère de la *liberté naturelle* par l'étendue de son rayon. — La liberté naturelle a pour limite le pouvoir individuel de chacun ; la liberté légale a pour limite la loi sociale ; cette dernière est une restriction de la première. — Voir ce qui a été dit à ce sujet, nos 45 et 46.

Digitized by Google

nière seule pouvait être l'objet d'une codification rationnelle. C'est elle seule aussi que nous avons à considérer ici (n° 16).

II. Division des lois publiques tirée de la nature des activités qu'elles régissent. — Deux grands ordres d'activités composent, nous le savons (n° 28, § IX), le personnel de l'état social : *les citoyens et les fonctionnaires.* — La nature, toute différente de leur pouvoir d'action, ne comporte pas les mêmes moyens de direction, et nous avons déjà vu les lois, sous ce rapport, se distribuer en deux grandes classes, savoir :

1° Les lois *prohibitives* et restrictives de la liberté des citoyens (n° 30, § A, et n° 45).

2° Les lois *impératives* de l'énergie subordonnée des fonctionnaires (n° 30, § B, et n° 47).

Cette division est la base de notre système de classification (voir au surplus ce qui est dit aux n°s 49 et 57).

III. Division des lois publiques tirée des rapports qu'elles réglementent. — Les *citoyens*, les *fonctionnaires* et l'être collectif qui les réunit, la *société*, sont les seules réalités juridiques entre lesquelles des rapports puissent s'établir. — Ces rapports ne se concevant dès lors que dans trois situations bien tranchées [1], donnent lieu à la division tripartite suivante, qu'il n'est pas inutile de reproduire ici (n° 61) :

1° Lois réglementaires des *rapports des citoyens à citoyens.*— Déterminant les règles restrictives de la liberté individuelle dans les diverses carrières où leur activité pourra s'engager, ces

[1] Ainsi que nous l'avons déjà remarqué sous le n° 61, il n'est pas en effet de rapports sociaux possibles en dehors des rapports 1° de *citoyens* à *citoyens*, 2° de *citoyens* à *fonctionnaires*, et réciproquement de *fonctionnaires* à *citoyens*, et 3° des *citoyens* et des *fonctionnaires* avec la *société*, l'*ordre* public, considérés comme être moral, etc. Quant aux rapports des *fonctionnaires* entre eux, on ne saurait les concevoir en dehors des précédents, puisque tous les actes des fonctionnaires n'étant *commandés* que dans l'intérêt des *citoyens* et de la société, et se *rapportant* dès lors aux uns ou à l'autre, rentrent, par cela même, dans l'une ou l'autre des branches de notre division. — Leurs relations hiérarchiques mêmes n'ayant lieu qu'à l'occasion de leur contact avec la puissance individuelle des *citoyens* ou la puissance collective de l'être social, puisque leurs actes ne peuvent avoir d'autre but que les intérêts de l'une et de l'autre, il suit que les lois qui concernent ces relations font dès lors partie des lois *de procédure*, lesquelles rentrent dans la division ci-dessus. (V. n° 61.)

Digitized by Google

lois se distribueront en différents corps ou Codes, selon la nature des intérêts qu'elles concerneront, et l'on aura ainsi : le Code civil, le Code rural, celui du commerce, de l'industrie, le Code artistique, etc., etc., qui feront partie de l'*ordre des lois prohibitives.*

2° Lois réglementaires des *rapports des citoyens à fonctionnaires* et *des fonctionnaires à citoyens.* — Indiquer les règles suivant lesquelles les fonctionnaires devront *procéder* pour accorder aux citoyens la protection efficace de leurs droits, assurer l'exécution des lois et des conventions, et tracer ainsi, quoique indirectement, aux citoyens les formalités à remplir et la *marche à suivre* dans leurs rapports avec les fonctionnaires, tel est l'objet de ces sortes de lois; elles sont dites pour cela *lois de procédure.* — Leur classement exige autant de divisions ou codes qu'il existe de classes distinctes de fonctionnaires. Elles font partie de l'*ordre des lois impératives.*

3° Lois réglementaires des *rapports des citoyens et des fonctions avec la société.* — La société veut vivre et se développer; — les lois étant les conditions de son existence et de son développement, elle a dû en assurer la puissance coactive contre les excès des citoyens et l'inertie des fonctionnaires. — Les lois destinées à réaliser dans ce but l'efficacité de toutes les autres sont les lois dites *pénales.* — Nous avons distingué naturellement deux classes, l'une concernant les *citoyens*, l'autre les *fonctionnaires.* — Chacune d'elles fournira un Code distinct qui appartiendra, le premier à l'*ordre des lois prohibitives*; le second, à celui des *lois impératives.*

97. Ce sont là les divisions principales qui s'induisent de la nature même des lois (n° 61) et que nous nous proposons d'observer pour la codification générale de notre législation. — Elles sont par elles-mêmes d'une logique irréprochable; — on devrait toutefois les rejeter sans merci, si nos procédés d'exécution sur ce point ne fournissaient pas un *criterium* infaillible pour l'ordonnance spéciale des matières. — Mais nous pouvons répondre d'avance que, sous ce rapport comme sous tous les autres, notre système ne laisse rien à désirer; car, grâce à la rédaction rationnelle préablement appliquée à chaque texte (c'est là notre hypothèse et la première condition de la codification), leur caractère, se trouvant extérieurement indiqué par leur formule, leur classement s'opérera, pour ainsi

Digitized by Google

dire, de lui-même. — En veut-on la preuve? la voici.

I. Commençons par les *lois civiles* : — Concevez réunies toutes les dispositions rédigées suivant les formules *civiles : nul* ou N *ne peut... nul* ou N *ne doit.....* (nº 85), il n'y a là évidemment rien d'impossible.—Cela fait, distribuez-les d'après le titre des intérêts ou la classe d'individus qu'elles concernent, et l'on verra se former de soi le *corps des lois civiles* divisé en autant de codes distincts que l'exigera le classement des intérêts et des personnes dans les relations civiles.

II. Que l'on recueille ensuite toutes les dispositions conçues d'après les formules *pénales* touchant les *citoyens* : *Quiconque sera reconnu coupable de.....* ou *convaincu de.....* ou *aura..... sera puni.....* ou *condamné à.....* etc. (nº 84, I, II), en ayant soin de les ranger par identité de formule, et l'on aura le *Code pénal* des citoyens divisé en deux livres : — l'un concernant les *délits communs* sous deux titres, consacrés, le premier aux *crimes et délits*, le second aux *contraventions* ; — l'autre relatif aux *délits civils* sous deux titres aussi, le premier contenant les *délits civils*, et le second les *quasi-délits*.

Voilà pour les *lois prohibitives*. — Appliqué à l'ordre des *lois impératives*, ce procédé donne les mêmes résultats; ainsi :

III. La collection des impérations à formule *le* N..., *devra*.... (nº 89), distribuées en outre par catégories, suivant le *nom* spécial du fonctionnaire qui leur sert de caractéristique, formera le corps général des lois de *procédure* divisé en autant de codes distincts qu'il existera dans l'État de classes distinctes de fonctionnaires, et l'on aura le Code de chaque fonction depuis la plus élevée jusqu'à la plus humble.

IV. En groupant d'autre part les lois à formules *pénales* concernant les fonctionnaires : *Tout* N....., *qui sera reconnu coupable de*..., et séparément les lois à formules *disciplinaires*.... *Tout* N..... *qui sera convaincu d'avoir*..... (nº 87), on aura, en deux parties, le *Code pénal et disciplinaire des fonctions*, qui, réuni avec le *Code pénal des citoyens*, complétera le *corps général des lois pénales*.

V. Quant aux dispositions dont la rédaction n'aura pas pu se plier aux formules du système, telles que les *règles de droit public*, les *dispositions organiques* des pouvoirs et des fonctions, les *principes du droit pratique* et d'interprétation judiciaire, et les *clauses usuelles des contrats privés*, on les clas-

Digitized by Google

sera, nous l'avons déjà dit, dans deux recueils particuliers destinés à faciliter l'application des lois proprement dites.

Ces indications suffisent surabondamment, sans doute, pour démontrer l'excellence et la simplicité pratique de ce mode de classement; toutefois, pour mieux faire comprendre l'ensemble de ses résultats, voici, dans un tableau synthétique, quelle devrait être la disposition rationnelle des matières, l'ordre et le plan du *Digeste perpétuel et progressif* des lois françaises, dont nous appelons de tous nos vœux la formation, et que nous tenterons peut-être un jour d'édifier, en y comprenant, dans deux livres distincts, les dispositions utiles que nous venons de mentionner et qui n'appartiennent pas à la législation proprement dite.

DIGESTE GÉNÉRAL DES LOIS FRANÇAISES. — PLAN ET DIVISION.

98. Le Digeste général des lois françaises se composera de trois parties sous les titres suivants :

1° RECUEIL DE DROIT PUBLIC et des institutions constitutionnelles.

2° RECUEIL DES LOIS GÉNÉRALES ET PUBLIQUES.

3° RECUEIL DE DROIT PRIVÉ, ou Code d'interprétation judiciaire.

En voici les divisions et subdivisions respectives.

I. — RECUEIL DE DROIT PUBLIC ET DES INSTITUTIONS CONSTITUTIONNELLES.

On réunira en un volume, sous ce titre, tous les actes et déclarations de l'autorité constituante, ainsi que les décrets organiques du Pouvoir supérieur en les disposant en trois parties et dans l'ordre qui suit :

1° L'*acte constitutionnel*, qui comprendra la déclaration du but social, la reconnaissance et la garantie des droits fondamentaux et constitutifs des citoyens.

La reconnaissance et la garantie du domaine territorial de l'État et sa division intérieure.

Enfin la constitution des pouvoirs chargés du gouvernement.

2° Le *décret organique* des fonctions par lequel le gouvernement organisera ses moyens d'action en instituant ses fonctions, et indiquant à la fois l'ordre hiérarchique de leur importance, le but général de leur institution, les lieux et la durée de leur fonctionnement, et cela depuis la plus élevée jusqu'à la plus humble.

Digitized by Google

3° Le *décret organique* des personnes morales, par lequel le pouvoir supérieur constituera les communautés, les sociétés, etc., et indiquera les conditions et le siége de leur institution.

II. — Recueil des lois générales et publiques.

Le Recueil des lois publiques distribuera tout d'abord ses matières en deux grands ordres, de manière à avoir en deux volumes séparés :

1° L'ordre des lois prohibitives ;

2° L'ordre des lois impératives.

Le premier concerne, nous le savons, les *citoyens*, et le second les *fonctionnaires* (**division tirée du caractère général du dispositif des lois et des activités qu'elles régissent**).

Les lois, dans chacun de ces deux ordres, se partageront ensuite en deux corps d'après leur caractère *civil* ou *pénal*, ce qui divisera chaque volume en deux parties, formant deux recueils distincts, et l'on aura ainsi (**division tirée du caractère des sanctions**) :

D'un côté, *pour les citoyens :*

A) Le corps des lois prohibitives civiles.

B) Le corps des lois prohibitives pénales.

De l'autre, pour les *fonctionnaires :*

a) Le corps des lois impératives civiles, ou de procédure.

b) Le corps des lois impératives pénales.

En voici les subdivisions intérieures.

1° Ordre des lois prohibitives.

A. — Corps des lois civiles des citoyens.

Le corps des lois civiles contiendra toutes les prohibitions rédigées suivant les formules civiles : *Nul* ou *N..... ne peut..... Nul* ou *N..... ne doit*, et leur classement spécial se produisant d'après la nature des intérêts ou les classes particulières des personnes qu'elles concerneront, donnera lieu à autant de Codes qu'il existera d'ordres distincts d'intérêts ou de personnes, et l'on aura (division tirée des rapports de citoyens à citoyens que ces lois sont destinées à réglementer) :

1° Le Code civil des personnes;

2° Le Code civil des propriétés rurales et urbaines;

3° Le Code civil des propriétés industrielles et intellectuelles;

Digitized by Google

4° Le Code civil du commerce et de l'industrie ;
5° Etc., etc.

B. — Corps des lois pénales des citoyens.

Ce corps réunira toutes les dispositions conçues d'après les différentes formules pénales que nous avons indiquées pour l'ordre des lois prohibitives ; elles se distribueront de la manière suivante d'après la gravité et la nature des actes qu'elles sont destinées à prévenir :

Première partie. — Lois pénales concernant les *délits publics* en deux livres :

a) Livre des *crimes et des délits* (n° 84, I, B et II, A).
b) Livre des *contraventions* (n° 84, I, C).

Deuxième partie. — Lois pénales concernant les *délits civils* en deux livres.

a) Livre des *délits civils* (n° 84, II, B).
b) Livre des *quasi-délits* (n° 84, II, C).

La première partie formera le CODE PÉNAL proprement dit ; — quant à la seconde, elle pourrait à la rigueur ne pas exister comme un ensemble distinct; ses dispositions trouveraient leurs places dans le recueil des lois civiles à la suite des codes spéciaux auxquels les rattacherait l'identité des intérêts qu'elles protégeraient.

2° Ordre des lois impératives.

A. — Corps des lois civiles des fonctionnaires ou lois de procédure.

Le corps des lois de procédure contiendra toutes les *impérations* rédigées suivant la formule *Le N... devra...*, et leur classement intérieur se produisant d'après le *nom* du fonctionnaire qui en forme la caractéristique (n° 89), donnera lieu à autant de Codes qu'il existera de classes distinctes de fonctionnaires, depuis le sommet jusqu'à la base de la hiérarchie gouvernementale, et l'on aura :

1° Le Code du pouvoir exécutif, des ministres, des conseillers d'État, etc., etc.
2° Le Code des sénateurs, des députés, des membres du bureau électoral, etc., etc.
3° Le Code des présidents et juges des Cours et tribunaux, des procureurs généraux, de leurs substituts, des greffiers, etc.

[1] Le décret du 1er mars 1854 sur la gendarmerie, en dehors de la rédaction qui laisse bien à désirer, est un commencement d'application du système rationnel.

Digitized by Google

4° Le Code des notaires, des avoués, des avocats, des huissiers, etc., etc.
5° Le Code des jurés, des prud'hommes, des arbitres, des experts, etc., etc.
6° Le Code des tuteurs, curateurs, subrogés tuteurs, etc., etc.
7° Le Code des préfets, sous-préfets, maires, conseillers généraux, conseillers de préfecture, conseillers municipaux, etc., etc.
8° Le Code des commissaires de police, des gendarmes[1], des gardes forestiers, des gardes champêtres et autres agents, etc., etc.
9° Le Code des exécuteurs des hautes œuvres, des geôliers, des gardes chiourmes, etc., etc.
10° Le Code des fonctionnaires du département de la guerre et de la marine, des gardes nationaux, etc., etc.[1].
11° Le Code des fonctionnaires de l'instruction publique, recteurs, inspecteurs, professeurs, instituteurs, etc., etc.
12° Le Code des fonctionnaires du département des travaux publics, ingénieurs, piqueurs, cantonniers, etc., etc.
13° Le Code des fonctionnaires à l'étranger, consuls, ambassadeurs, envoyés, etc.
14° Le Code des douaniers, des fonctionnaires des eaux et forêts, des domaines, de l'enregistrement, etc., etc.
15° Le Code des receveurs de finances, des inspecteurs, contrôleurs, percepteurs, porteurs de contrainte, contribuables,
16. Etc., etc., et ainsi de suite; autant de fonctions[2], autant de Codes.

Cela fait, en réunissant chacun de ces Codes par ordre ou nature de fonctions, il sera facile de former :

1° Le Code de *procédure administrative* ou Code *administratif*, par la réunion des Codes de toutes les fonctions administratives;

2° Le Code de *procédure judiciaire*, par la réunion des Codes de toutes les fonctions judiciaires;

3° Le Code de *procédure diplomatique*, par la réunion des Codes de toutes les fonctions diplomatiques;

4° Et ainsi de suite, — et dans chacun de ces Codes généraux, les Codes spéciaux de chaque fonction, classés d'après le rang que ces fonctions occupent dans l'échelle hiérarchique, formeraient les divisions et subdivisions naturelles[3]. — Pas

[1] Les derniers Codes promulgués pour l'armée de terre et l'armée de mer ne nous ont que médiocrement satisfait sous le rapport de la rédaction et de l'ordre des matières. C'est toujours l'ancienne méthode qui a été suivie; l'on en comprendra les dangers avec le temps.

[2] Voir, pour déterminer la ligne de démarcation entre les *citoyens* agissant comme tels et les *fonctionnaires*, ce qui a été dit n° 49, note 2. — On est *citoyen* lorsqu'on agit par soi et pour soi, *fonctionnaire* lorsqu'on agit par la loi et dans un intérêt public.

[3] Pour n'en donner qu'un exemple, prenons le Code administratif, dont on demande depuis si longtemps la confection : — il se formera nécessairement de toutes les dispositions qui régissent les fonctions administratives. Ces lois, déjà classées en des recueils spéciaux pour les fonctions qu'elles concernent, donneront la division naturelle du Code général; ainsi le pre-

Digitized by Google

n'est besoin d'insister plus à ce sujet. — La méthode est on ne peut plus simple.

B. — Corps des lois pénales des fonctionnaires.

Le recueil des lois pénales concernant les fonctionnaires comprendra toutes les dispositions conçues selon les formules pénales et disciplinaires que nous avons précédemment indiquées, lesquelles, se distribuant d'après le caractère pénal ou disciplinaire qui les distingue, diviseront en deux parties le *Code pénal* des fonctions, et l'on aura :

Première partie. — Lois répressives des *crimes et délits.*

Deuxième partie. — Lois répressives des *infractions disciplinaires.*

Ce Code pourrait sans inconvénient se réunir au Code pénal des citoyens, et former ainsi avec lui le *Code général et complet des lois pénales.*

L'ensemble de la législation se distribuant ainsi en deux grands ordres donnera en outre, comme nous l'avons dit (61), trois corps ou Codes généraux, savoir :

Le *corps des lois civiles ;*

Le *corps des lois de procédure*, et

Le *corps des lois pénales.*

III. — Recueil des règles de droit privé ou d'interprétation judiciaire.

Ce recueil de préceptes et de règles de droit pratique, sans avoir l'autorité et la force obligatoire de ceux dont il viendra clore la liste, n'aura pas moins une réelle utilité, il sera comme le couronnement de l'édifice législatif. Voici comment nous en comprenons la composition :

Toutes les dispositions qui, se trouvant dans notre *Bulletin des lois*, n'auront pu subir les règles de notre système de rédaction rationnelle, en feront partie et se classeront, d'après leur nature spéciale, dans l'ordre des trois divisions suivantes :

mier titre serait donné par le Code des préfets, divisé en deux sous-titres, l'un formé par le Code des conseillers de préfecture, l'autre par celui des sous-préfets. — Le second titre consisterait dans le Code des maires, divisé en autant de chapitres ou sections que les maires ont d'agents sous leurs ordres..... Voir, au surplus, ce qui a été dit précédemment.

Digitized by Google

1° D'abord les *définitions légales* rangées par ordre alphabétique; elles formeront le DICTIONNAIRE LÉGAL dont nous avons déjà parlé (n° 76).

2° Les *principes* ou *règles de droit pratique* qui auront été formulés par le législateur dans la deuxième partie des exposés des motifs, ou qui seront de tradition dans la doctrine et la jurisprudence, ou enfin qui auront été acceptées comme des vérités juridiques dans l'usage. Ces règles serviront à interpréter les lois publiques et les lois privées des conventions, suivant l'intention du législateur ou des parties qui en ont rédigé les dispositions. — On en trouve beaucoup dans le Code Napoléon et dans nos autres Codes.

3° Les *clauses usuelles des contrats privés.* — C'est dans cette dernière partie que, pour la plus grande facilité des transactions, et afin d'en abréger la rédaction, devraient se trouver, à titre de modèles, les contrats de mariage, de vente, d'échange, de mandat, des diverses sociétés civiles, commerciales et industrielles, aux clauses desquelles les contractants auront à se référer par une déclaration spéciale pour les cas qu'ils n'auraient pas prévus et qui ne seraient pas contraires aux dispositions de leur convention.

Le Corps de droit privé ou Code judiciaire, ne contenant que des règles d'application et n'ayant d'autre but que de devancer et de favoriser l'action de la doctrine et de la jurisprudence, n'aura par lui-même rien d'obligatoire. — Ce sera un guide provisoire qui jouera dans l'application du droit le rôle de commentaire officiel ou de circulaire générale, et dont les instructions pourront être modifiées et rectifiées par les progrès successifs de la science juridique.

99. Plan, méthode, procédés, tout se tient et tout se soutient, on le voit, dans notre système; création de toute pièce, développement entier et logique d'une seule et même idée. On ne saurait en partie l'admettre et le rejeter en partie; en diviser l'application, ce serait, d'autre part, le dénaturer ou le rendre impossible.

Rien de plus vrai que sa méthode, rien de plus simple que ses procédés. — Son plan est la conséquence logique et pratique de la rédaction rationnelle des lois, sa réalisation n'est même possible que par la révision préalable de tous les textes législatifs, par le moyen de nos formules.

Qu'on ne se méprenne pas, toutefois, sur l'importance du tableau que nous venons de tracer de leur ordonnance, il n'a pas d'autre but que de bien faire saisir l'ensemble des lignes générales de l'ordre, d'après lequel ils se devront tout d'abord se distribuer. Quant à leur classement spécial et intérieur dans

Digitized by Google

chaque Code, c'est là une opération de détail pour la direction de laquelle il serait dangereux de vouloir donner des règles fixes. — Aux hommes du droit pratique revient l'honneur et la gloire de son exécution.

Le législateur devra toutefois, sur ce point comme partout, écouter les indications de la logique et prendre pour guide l'observation; — et alors, soit qu'il procède d'après l'ordre du développement naturel des idées, ou celui de l'importance des actes qu'il aura à défendre, soit qu'il obéisse aux nécessités de l'enchaînement des actes qu'il commandera pour déterminer l'ensemble d'une procédure, soit qu'il classe ses dispositions suivant la gravité des sanctions qu'elles comportent, des intérêts qu'elles protégent ou de l'analogie de leur objet[1] — son œuvre sera grande et durable comme toute œuvre d'expérience et de raison.

100. Ajoutons, pour ne rien omettre de ce qui concerne le classement des lois, ajoutons en terminant qu'il sera indispensable de donner à chaque article un *numéro d'ordre*, afin de faciliter les recherches et les citations. C'est là, d'ailleurs, une méthode sur l'utilité de laquelle on est déjà fixé; toutes les législations en ont depuis longtemps adopté la sage pratique.

CHAPITRE II.

DE LA PERPÉTUITÉ ET DE LA PROGRESSIVITÉ DU DIGESTE GÉNÉRAL DES LOIS FRANÇAISES.

101. Objection de l'école historique: — A quoi bon la rédaction rationnelle des lois et leur classement plus ou moins logique, s'ils n'ont pas pour but d'en assurer la perpétuité?

102. L'école historique a raison : l'important est moins d'édifier un digeste d'après un système rationnel que d'en assurer la perpétuité, en la maintenant toujours en parfaite harmonie avec l'état des mœurs, des esprits et de la langue. — La perpétuité ne doit pas exclure le progrès. — Le Digeste devra être à la fois *perpétuel* et progressif.

103. Un Code est un ensemble de lois; l'amélioration des lois ne se concevant que par leur modification, il suit que la première condition de

[1] Entre le classement des dispositions législatives suivant l'*ordre plus ou moins scientifique* que comporte la matière, ou le classement par *ordre alphabétique*, nous n'hésitons pas à nous prononcer pour ce dernier, qui, entre autres avantages, laisse à la science toutes ses franchises en matière de division méthodique pour l'enseignement, et présente les plus grandes facilités pour les recherches. — C'est, en un mot, l'ordre qui divise le moins.

Digitized by Google

la perpétuité d'un Code est que l'amélioration des parties n'altère en rien l'harmonie de l'ensemble, ce qui n'est possible que par leur indépendance respective.

104. L'indépendance des parties ne se peut d'ailleurs réaliser que par une rédaction indépendante des articles. — En quoi consiste une pareille rédaction.

105. La seconde condition de la perpétuité d'un Code, c'est de permettre l'introduction d'articles nouveaux sans changer l'ordre et l'indication numérique des dispositions anciennes. — Deux moyens.

106. Premier moyen : Renouvellement des séries à chacune des divisions intérieures des Codes.

107. Deuxième moyen : Système des sous-séries numériques par chaque loi nouvelle. — Exemple.

108. Objections tirées de l'embarras des citations avec ce dernier système. — — Réfutation.

101. Nous retrouvons ici l'école historique. — Que ce Digeste satisfasse ou non à toutes les conditions d'une rédaction et d'un classement rationnels, ce n'est pas là, dira-t-elle, ce qui importe le plus, — En sera-t-il moins insuffisant et plus durable? Voilà la question. — Contiendra-t-il autre chose que la législation du passé, à laquelle, sous prétexte de progrès, on voudra astreindre l'avenir? — Croit-on que les générations qui viennent, si pénétrées qu'elles soient d'admiration pour la sagesse des générations qu'elles ont dé passées, s'asserviront fanatiquement aux vieux us et coutumes qui n'ont plus leur raison d'être? — Une nation abdique-t-elle jamais son expérience au point de préférer les aspirations de son premier âge aux résolutions de sa virilité? — Non, les besoins nouveaux ne s'accommodent pas ainsi des lois anciennes. — A chaque siècle son génie, ses volontés, ses institutions!

Progrès aujourd'hui, votre Digeste deviendra demain une entrave; un jour de plus il sera devancé par le mouvement qu'il n'a pu suivre et remplacé par un autre qui disparaîtra lui-même à son tour. — Et toujours ainsi, car le monde marche. — A quoi bon, dès lors, vos Codes d'un jour dans la vie des peuples, pourquoi embarrasser de leur insuffisance les libres allures de la civilisation? — Et, dilemme redoutable! — que deviendrait d'ailleurs le progrès, si les Codes étaient éternels et immuables?

102. L'école historique a raison sous un certain rapport. — Ce n'est pas tout, en effet, que de réduire les lois à leurs formules les plus simples, et de les disposer ensuite avec le plus d'art possible, suivant l'ordre logique du plan qui vient

Digitized by Google

d'être esquissé : Il faut plus, et nous en convenons; aussi n'est-ce pas là que notre méthode se borne en matière de codification.

L'important pour nous est bien moins, on le sait, de provoquer la confection *d'un Digeste général* des lois françaises, que de proposer un système de *codification perpétuelle*, par lequel toutes ses parties puissent se prêter sans perturbation de l'ensemble à toutes les modifications successives que réclameront, par la suite, les abus, les besoins et les progrès futurs.

Qu'on ne s'y trompe pas, ce n'est pas une simple *Re-codification* que nous demandons; nous avons en vue non-seulement un DIGESTE GÉNÉRAL, mais un DIGESTE PERPÉTUEL ET PROGRESSIF, une œuvre puissante et durable, dont le *présent* remplira les premières pages, et que l'*avenir* pourra continuer.

Que l'école historique cesse de révoquer en doute sa possibilité, nous en avons posé les bases, tracé le plan et fait connaître les procédés d'exécution. Nous allons exposer à présent les moyens pratiques d'en assurer la *Perpétuité*, en donnant le moyen de le maintenir toujours en parfaite harmonie avec l'état des mœurs, des esprits et de la langue. — N'est-ce pas là le problème dans toute sa rigueur? — Nous ne cherchons pas, on le voit, à en affaiblir ni les données ni la portée?

103. Il ne faut pas confondre la *perpétuité* d'un Code avec son *immuabilité*. — Les mœurs changent, il est donc naturel que les lois changent aussi.

Un Code, d'ailleurs, ne se termine pas. — On ne peut pas plus arrêter la législation d'un pays qu'on ne peut clore son histoire, c'est le temps qui fait l'une et l'autre; il est donc sage de prévoir le lendemain et de ne pas lui fermer l'accès des Codes par un enchaînement indivisible de toutes leurs parties. — Pour être éternels comme l'humanité, ils doivent être perfectibles comme elle.

Les lois s'améliorent; — mais leur amélioration se réalisant par voie de *modifications* ou par voie *d'innovation*, il suit que la première condition de la *perpétuité progressive* d'un Code est qu'on en puisse *changer* et *augmenter* les dispositions sans altérer l'harmonie de l'ensemble; — ce qui ne sera d'abord pratiquement possible, ainsi que nous l'avons déjà fait remarquer,

Digitized by Google

que par une *rédaction indépendante* et rationnelle de tous les articles.

Rédaction indépendante des articles! — Ce n'est pas là, il faut le dire à tous et bien haut, ce qui, dans l'ordonnance de leurs œuvres, a le plus préoccupé les législateurs. — Au contraire : plus soucieux de leur propre gloire que du long empire des lois, ils se sont tous bien plus appliqués à réduire en forme de lois des livres de doctrine[1] qu'à tracer avec puissance les règles distinctes et précises de la liberté de l'homme et de l'énergie des fonctions. — De là ces *touts* scientifiques dont les parties indivisiblement liées par la trame d'un système exclusif ou les déductions d'une théorie de toute pièce se refusent aux modifications ultérieures.

104. Sans revenir sur tout ce qui a été dit précédemment à ce sujet, qu'il nous soit cependant permis d'insister de nouveau sur la nécessité de rompre à cet égard avec les traditions, et de renoncer pour jamais à une méthode dont le moindre inconvénient est de sacrifier l'amélioration des Codes à l'amour-propre ou aux fausses idées de leurs auteurs.

« Les lois ne doivent pas être l'exposition d'un système ou » d'une théorie, mais la table nette et précise de nos *règles* » *d'action*, de ce qui est *ordonné* et de ce qui est *défendu;* que » les *ordres* et les *prohibitions* en vue du but perpétuel des » hommes et des sociétés, soient reliés entre eux par leur raison » supérieure, au lieu d'être enchaînés par les liens étroits et » exclusifs d'un artifice quelconque, et les corollaires de l'avenir, » trouveront leur place naturelle à côté des règles du passé. » — Que les divers articles de lois soient en conséquence rédigés autant que possible, de manière à ce que chacun d'eux, *indépendant* de ceux qui les suivent et les précèdent, forme un tout complet, distinct, et se suffise; à chaque acte défendu ou ordonné son article prohibitif ou impératif, voilà la règle (n° 9, III, 2°); — qu'il n'y ait entre eux d'autre relation que celle qu'exigera la succession des actes qu'ils prescriront comme procédure à suivre, ou celle du titre commun sous lequel les groupera l'analogie des matières; — « qu'ils soient en un mot » comme les rayons *indépendants* et séparés d'une même

[1] Le Code Napoléon n'est en grande partie que l'ouvrage de Pothier mis en articles. — V. ce qui a été dit sous le n° 17.

Digitized by Google

» lumière, et leurs dispositions ne se refuseront pas à l'intro-
» duction des émanations nouvelles de leurs principes communs,
» la justice et la raison. »

Cette règle est de la plus grande importance pour assurer la perpétuité des Codes ; — nous ne saurions trop appeler l'attention sur la nécessité de son observation.

105. Cela bien compris, et tout en admettant le classement des articles suivant l'ordre de la série numérique, on peut se demander maintenant par quel procédé il sera possible d'introduire de nouveaux articles dans un Code sans troubler l'arrangement de ses dispositions.

106. Reconnaissons d'abord que si graves que fussent les inconvénients qu'entraînerait le changement des numéros de *tous* les articles d'un Code à chaque introduction de lois nouvelles, ils seraient cependant bien moins à redouter que ceux qui résulteraient de leur dispersion dans des livres supplémentaires, ou, — loin des articles qu'ils modifient, remplacent ou complétent, — ils resteraient, comme aujourd'hui, ignorés de ceux qu'ils concernent et de ceux même qui sont chargés de les appliquer.

Disons plus : ce mode perturbateur d'incorporation fût-il le seul admissible? — ce qui n'est pas, — il serait néanmoins facile d'en réduire les inconvénients à des proportions insignifiantes, en renouvelant les séries numériques des Codes à chacune de leurs divisions et subdivisions, de manière à restreindre à un titre, à un chapitre ou même à une section, les modifications de chiffre qu'entraînerait toute addition d'articles[1].

107. Mais pas n'est besoin de recourir à de pareils moyens. — La pratique législative y répugnerait avec raison et la pratique judiciaire plus encore.— Il est facile d'arriver aux mêmes

[1] Le système de classement des articles suivant l'ordre de plusieurs séries numériques se renouvelant à chacune des divisions des lois et des Codes, a été appliqué sous la république. — Il a été abandonné à cause de la longueur des citations qu'il entraînait. En proposant subsidiairement son adoption pour assurer la perpétuité des Codes, nous sommes d'autant moins touché de cet inconvénient, que les lois romaines, au Digeste et au Code, ne sont pas autrement classées, et que leur citation par livres, titres et paragraphes n'a jamais été considérée comme un sérieux embarras pour l'étude de cette législation. — L'épreuve, d'ailleurs, qui est faite du système actuel, n'est pas de nature à lui faire donner la préférence; le désordre législatif où nous nous trouvons en a été la conséquence.

Digitized by Google

résultats sans rien changer aux habitudes. — En effet, de trois choses l'une, ou il s'agit :

1° De remplacer une disposition législative par une autre, ou

2° De la modifier, ou

3° D'intercaler des articles nouveaux entre les dispositions d'un Code.

Dans les deux premiers cas, pas de difficulté : — le nombre des articles du Code reste le même, les nouveaux prennent les numéros de ceux qu'ils remplacent et les modifiés gardent les leurs [1].

Dans le troisième cas, on procédera de la manière suivante :

Tous les articles nouveaux, *tous*, sans exception, prendront d'abord pour numéro d'ordre celui de la disposition ancienne sous laquelle ils auront à se placer ; — puis on les distinguera les uns des autres en ajoutant à cette première indication le chiffre spécial d'une série numérique secondaire qui viendra se greffer en sous-ordre sur la première. Exemple :

S'agit-il d'introduire trente articles entre les articles 1255 et 1256 d'un Code. — Le premier article nouveau portera pour chiffre indicatif 1255, A ; — le deuxième, 1255, A, 1 ; — le troisième, 1255, A, 2 ;— le quatrième, 1255, A, 3 ;—le..., etc., et ainsi de suite jusqu'au trentième, qui aura le numéro 1255, A, 29 ; — après lequel viendra l'art. 1256 [2].

Si plus tard il était nécessaire d'intercaler de nouveaux articles entre ces derniers, on procéderait de la même manière en distinguant la seconde série par une seconde lettre de l'alphabet, et voici comment : — dix articles, par exemple, à placer entre les articles 1255, A, 15, et 1255, A, 16, se numéroteraient comme suit : — le premier article aurait le chiffre 1255, A, 15, B ; — le deuxième, 1255, A, 15, B, 1 ; — le troisième, 1255, A, 15, B, 2 ; — le quatrième, 1255, A, 15, B, 3, etc., etc. — Le dixième enfin, 1255, A, 15, B, 9. — Après lequel reprendrait la série 1255, A, 16.

108. Ce système est on ne peut plus simple, les esprits non

[1] Nous ne verrions aucune difficulté à conserver dans les Codes les articles modifiés ou remplacés dans une colonne spéciale, en regard des articles qui les remplacent ou les modifient, afin d'en faire mieux apprécier la portée et de faciliter ainsi l'étude et les progrès de la législation.

[2] Il ne serait pas inutile de mentionner en même temps, en note, la date de la loi qui introduirait les nouveaux articles dans le Code.

Digitized by Google

prévenus en conviendront sans peine; il satisfait aux exigences de l'école historique et de l'école philosophique; que pourrait-on lui reprocher? — La longueur des citations que son application entraînera dans la pratique. — Mais cet embarras, si c'en est un, pourrait-il bien contre-balancer les avantages que d'autre part il apporte? — Que deviendrait d'ailleurs la législation s'il fallait en sacrifier les améliorations à la commodité des écrivains et des avocats plaidant à la barre? — Le système actuel serait-il préférable? On en connaît les résultats : — le Bulletin des lois a plus de 200 volumes; nos Codes ont été refaits par pièces et morceaux; l'édifice législatif a perdu son unité et son harmonie; les plus fortes intelligences ont peine à se retrouver au milieu d'une législation que l'on croyait être éternelle, et la jurisprudence, variant au gré des circonstances et des interprétations, fait douter de la justice par l'arbitraire et la contradiction de ses décisions les plus équitables..... Nous livrons ces considérations à la réflexion de ceux qui hésiteraient encore.

Voilà tout ce que nous avions à dire sur la codification des lois.

G. ROUSSET.

DE LA SCIENCE DES LÉGISLATIONS COMPARÉES,

ET DES DERNIÈRES IDÉES DE L'ITALIE RELATIVES A LA SCIENCE DU DROIT, A PROPOS D'UN OUVRAGE DE M. AMERICO AMARI, DE PALERME.

> Ogni sapere è scienza; ma il sommo della scienza è nello scovrimento di principi generativi e delle leggi regolatrici delle cose.
>
> *Istaurazione della scienza nelle cose umane.*

« Une science des législations comparées existe-t-elle? Si elle n'existe pas, est-elle possible? Dans le cas affirmatif, en quoi diffère-t-elle des autres branches des sciences juridiques? » Voilà les trois questions qu'un Italien de Palerme, M. Americo Amari, s'est proposé de résoudre dans un livre de 556 pages, grand in-8°, qu'il vient de publier à Gênes, sous le titre de *Critique d'une science des législations comparées.*

L'Italie est la patrie de Vico, de l'auteur de la *Science nou-*

Digitized by Google

velle. Le droit, comme législation, comme enseignement, comme science, n'a eu son berceau qu'en Italie. C'est là que s'est élevé ce monument sublime de la sagesse humaine, le droit romain, fondement le plus imposant des législations européennes. Dès que, au XIe siècle, la civilisation renaît, c'est là aussi que les Institutes et les Pandectes ont leurs maîtres, leurs écoles, leurs docteurs. Ce sont des Italiens aussi [1] qui posent les premières idées de la doctrine du droit naturel, et en frayent la route à Grotius. C'est là qu'avec Vico le droit aspire à la dignité de science, signale le monde méconnu des nations, l'univers inexploré des intelligences, l'idée éternelle se réalisant dans les évolutions contingentes des peuples. Le mystère, la cruauté, la terreur dominaient dans le droit pénal : procédés inquisitoriaux, torture, énormité des peines. C'est de l'Italie que s'élève la voix qui ébranle les systèmes vieillis et provoque les réformes. C'est chez elle que les premières de ces réformes paraissent : Code Léopoldin, abolition de la peine de mort, les améliorations nombreuses que la révolution française, plus tard, vint accomplir.—L'Italie, depuis quarante ans, se remue en des aspirations inassouvies. Son esprit se tort, se débat, s'affaisse, se relève par secousses ; les grandes illustrations dans la poésie, dans l'art, dans les sciences naturelles, deviennent de jour en jour plus rares. Mais dans la science du droit, l'Italie ne faillit pas à sa tâche. Romagnosi, Carmignani, Niccolini, Centofanti poursuivent l'ancienne mission de leur patrie : l'art de donner les lois, la science de gouverner les peuples. Un ouvrage de droit avec un but scientifique, venant de ce pays, ne saurait être négligé ; il peut, comme tant d'autres qui en arrivèrent, apporter des conceptions nouvelles, ouvrir des horizons éloignés, faire jaillir une lumière inattendue dans le giron de cette science du droit, qui est le guide des peuples, l'indice du sentier par lequel monte et s'élève de plus en plus la civilisation du genre humain.

L'auteur se recommande à plus d'un titre à la considération des savants. Professeur de droit pénal à l'université de Palerme, homme politique très-dévoué à la cause de sa patrie pendant la révolution de 1848, auteur d'un ouvrage très-remarquable sur

[1] Giovanni di Legnano (1350), Martino Garato di Lodi, Costanzo Landi de Plaisance (1549), enfin Alberigo Gentile (1549).

Digitized by Google

les statistiques pénales, collaborateur jadis du *Journal de statistique* de Palerme, M. Amari consacre l'oisiveté pénible de l'exil à des élucubrations admirables de doctrine et de persévérance. Il ne serait pas aisé de trouver aujourd'hui en France une publication aussi imposante en recherches et en érudition que celle de M. Amari. A ce point de vue, elle est quelque chose d'étonnant; c'est encore un produit de cette terre italienne, où l'on vise toujours très-haut, et où les recherches les plus obstinées marchent à la suite des méditations les plus intenses. Le génie italien se rebute des investigations minutieuses n'ayant pour objet que la curiosité ou l'amusement. On s'amuse si facilement en Italie, sous un ciel éblouissant, au milieu des prodiges des arts et d'une nature enchanteresse! Mais que l'on s'y propose un but, il sera toujours très-élevé, et les travaux pour l'atteindre seront poursuivis avec une ardeur indomptable. C'est ainsi que M. Amari s'applique à la solution des trois questions posées par lui : Existence, possibilité, constitution de la science des législations comparées.

Les réponses données par lui à ces trois questions sont-elles satisfaisantes? Avec la richesse de son érudition, la hauteur de ses aperçus, la constance de ses investigations, a-t-il atteint son but? C'est ce que nous allons voir.

I.

Quant à la première question, savoir : La science des législations comparées existe-t-elle? l'auteur, dès son début, se déclare franchement pour la négative. « Cela paraîtra étrange, écrit-il, et cependant c'est la vérité. L'étude des législations comparées a des livres, des chaires, des journaux; elle a même de la popularité, mais elle n'a pas encore une définition. En vain en chercherait-on l'idée, le but, la méthode, les limites. Pas un seul des hommes remarquables qui l'ont cultivée et qui la cultivent, ne s'est donné la peine de s'en enquérir et de les enseigner. Il se vérifie dans cela un phénomène singulier : celui d'une science qui, tout en étant de mode, demeure néanmoins à l'état d'hypothèse. Rien donc d'étonnant si ceux qui la professent, ou qui en écrivent le nom au frontispice de leurs ouvrages, souvent divaguent et divergent; si M. Lerminier, jadis professeur de législations comparées au Collége de France, dans deux livres qu'il publia, l'un sur l'histoire, l'autre sur la

Digitized by Google

philosophie du droit, n'en a pas dit un mot; si, dans l'ouvrage auquel il donne le titre de *Cours des législations comparées*, il n'a fait autre chose que l'histoire du droit international de l'empire romain, d'Auguste à Commode, c'est-à-dire précisément d'une époque où il n'y avait plus de nations dans le monde, mais seulement des Romains et des barbares. Cela prouve, en dehors de toute autre démonstration, que non-seulement l'histoire manque à la science, mais l'idée de la science à elle-même. » C'est donc là une lacune que l'auteur vise à combler.

La question de l'existence une fois vidée, M. Amari s'engage dans la démonstration de l'existence possible de cette science qui ne se connaît pas encore elle-même. Ce n'est pas une voie *plane*, *droite*, *aisée*, que celle par où il monte au résultat de son enquête. Ce sont des détours, une *ascension* lente, effarée, haletante. A tout propos il remonte aux sources. Pour préciser ce que c'est que la science, il s'en va jusqu'à la recherche des prémisses de la connaissance, jusqu'à la description de la série mystérieuse de ses évolutions. Pour dévoiler comment la science des législations comparées a germé à son insu, à l'insu même de ses créateurs, il recule jusqu'à ses origines primordiales, jusqu'aux fins toutes pratiques qu'elle se proposa d'abord dans la simple comparaison des diverses lois positives entre elles, jusqu'aux fonctions théoriques, auxquelles plus tard la firent servir les avant-coureurs et les continuateurs des sciences sociales. Ce fut de la comparaison des législations, dit M. Amari, que jaillirent la science du droit naturel avec Grotius, la philosophie des lois avec Montesquieu, la philosophie de l'histoire avec Vico, la législation naturelle avec Charles Comte, la physique sociale avec Quetelet, etc., etc. Celui qui le premier éleva l'étude des législations à l'état de science séparée fut Aristote; la plus grande impulsion fut donnée par Vico. Aussitôt après Vico, une idée grandit : celle du progrès, de la perfectibilité indéfinie du genre humain. L'antiquité en avait eu des lueurs; le christianisme en posa la conception formelle. Saint Augustin conçut la *Cité de Dieu*, cité en marche sur la terre, et qui doit se réhabiliter complétement par le retour à son principe, à l'esprit, à la vérité, à la Divinité. Plus tard, les millénaires voient déjà s'approcher une transformation totale des mondes; cette idée travaille les hommes des siècles suivants; Campanella pressent l'avénement d'une rénovation ra-

Digitized by Google

dicale, d'une réunion de l'humanité sous un gouvernement, dans une *collaboration* unique. Bossuet signale dans l'histoire la réalisation des desseins de la Providence; la naissance, l'élévation et la chute des nations et des empires ne sont pour lui que des parties d'un plan supérieur. Vico pouvait accomplir cette conception du progrès; mais il s'entête dans la spontanéité des civilisations locales, et en nie la transmission. Turgot et Herder posent cette idée de la transmission dans l'humanité; Romagnosi lui donne des formules scientifiques; Jannelli et Centofanti la complètent; Guizot en réalise des démonstrations éclatantes. D'un côté la spontanéité affirmée par Vico, de l'autre la transmission prônée par ses successeurs, achèvent la doctrine du progrès, de la perfectibilité indéfinie, de la marche *sans terme* de l'humanité. Le dernier mot de cette doctrine est l'*idée cosmique de la civilisation* établie par Centofanti; déduite des *préordinations* et des fins de la toute-puissance créatrice, cette idée produit la *doctrine juridique de la civilisation universelle.* Tel est le tableau que trace M. Amari; tel est l'ensemble magnifique des œuvres de l'esprit humain, qu'il voit toutes sortir de la comparaison des législations, méconnue cependant elle-même comme science.

A travers ces méandres, ces détours, M. Amari arrive enfin à la réponse à la seconde question, savoir : la science des législations comparées est-elle possible? Il répond affirmativement. La thèse suprême par où la science en question se définit est, selon lui, celle que M. Centofanti pose comme résultat de l'idée cosmique du progrès, c'est-à-dire, « LA DOCTRINE JURIDIQUE DE LA CIVILISATION UNIVERSELLE. » C'est par là que d'une étude bornée à des fins pratiques, à l'imitation des mœurs et des institutions existantes, la science des législations comparées parvient à sa théorie. Par celle-ci embrassant tous les peuples, les synthétisant dans une individualité impérissable, elle les contemple dans leurs successions, dans leur décadence, dans leur fin, non séparés, non indépendants, mais attachés les uns aux autres par des liens d'origine, de coexistence, de communications, et tous coordonnés dans la vie de plus en plus prospère de l'humanité.

Un principe posé par Vico, et sans contredit le plus profond entre ceux qu'il a émis, est celui de ce que Vico appelle les *unités substantielles*, les idées uniformes des nations. M. Amari

Digitized by Google

s'en empare pour l'appliquer à la science des législations comparées. Dès que cette science se présente à lui comme la doctrine juridique de la civilisation universelle, il en signale les principes d'abord, et ensuite les *idées uniformes, identiques chez les peuples.*

Ces principes sont : 1° l'existence, dans le monde des nations, d'un ordre créé par Dieu, gouverné par la Providence; — 2° le témoignage que les lois donnent de cet ordre dans la religion, dans la morale, dans le savoir, dans les vicissitudes des peuples; — 3° l'unité morale et civile des nations ; — 4° l'unité de leur loi cachée dans les variétés de leurs mœurs, de leurs institutions.

Les unités substantielles, les idées uniformes, sont, outre les trois *unités* signalées par Vico : religion, mariage, sépulture ; — 1° le concept (*concetto*) identique, immuable, absolu chez toutes les nations, que la loi est une limite à la liberté sans frein de la volonté, une règle des actions protégée par une sanction puissante et justifiée par une opinion arrêtée de sa nécessité, de son utilité; — 2° l'égalité dans son application ; — 3° l'existence d'une loi supérieure, qui est la mesure de la justice ou injustice des lois positives, d'où l'*unité théologique* du droit; — 4° l'inviolabilité du droit des gens.

Ces unités, ces identités mentales sont quatre sources, quatre principes éternels, universels du progrès législatif. Les lois étant des limites, des règles à l'égard de la liberté, doivent se restreindre au fur et à mesure que la sage liberté grandit et que la licence des passions diminue. Égales et soumises au droit, elles doivent progresser vers la plus grande égalité possible, vers l'union fraternelle de l'espèce, vers la réalisation plénière du droit divin. Arrivée à ces généralités supérieures, la science des législations comparées se constitue définitivement et se pose en science distincte.

Toute science a sa méthode; toute méthode ses conditions générales et ses conditions propres. L'auteur signale la science des législations comparées comme ayant des règles particulières dans le choix des faits, dans son but, dans son ordre. — Ses faits sont les prescriptions positives, politiques, religieuses, civiles, économiques, morales, pénales ; les mœurs, les croyan-

[1] Vico, *Scienza nuova*, dignità XXII, 3e édition.

Digitized by Google

ces, les doctrines, soit vulgaires, soit scientifiques; leurs causes, leurs effets. — Son but est de démontrer la théorie du progrès et de fournir des enseignements aux législateurs. — Son ordre, enfin, de subordonner tous les faits à l'archétype idéal : de là, la critique et le jugement de la valeur des lois, de leur justice, de leur opportunité.

Déjà, presque à la fin de sa course, M. Amari donne enfin la formule de la science qu'il poursuit : « La science des législations comparées est celle qui rassemble et compare méthodiquement les lois des peuples, afin d'en déduire la doctrine juridique de la civilisation universelle; qui, à l'aide de ces comparaisons, vise à pourvoir aux besoins politiques, économiques et historiques des nations; à l'imitation des lois pour celles qui sont à faire, et à l'interprétation de celles qui ont déjà été introduites par imitation; à l'instruction des législateurs, moyennant la connaissance des vicissitudes et du sort des lois; enfin, à la démonstration du droit universel et du progrès providentiel du genre humain, assis sur l'idée de la nature commune des nations, et réalisés à l'aide de la transmission *préordonnée* de la civilisation. Elle raisonne tout cela, se proposant un modèle idéal de la perfection civile, qui lui sert de règle pour le choix, pour l'ordonnance, pour les comparaisons des lois, et de *criterium* dans tout l'ensemble de la philosophie civile. De sorte que cette science en arrive à être une *histoire*, une *philosophie*, une *théodicée* universelle des lois de l'humanité et une doctrine de *l'archétype* et du progrès des sociétés humaines. » Nous regrettons que la définition soit si longue; mais nous la traduisons conscienscieusement, en l'abrégeant, autant qu'il nous est possible, sans l'altérer.

II.

Les deux dernières questions de la possibilité et de la nature de la science des législations comparées ont-elles été résolues? Cette science qui a des chaires et pas de nom, des ouvrages et pas de définition, se dresse-t-elle enfin, prend-elle corps, s'anime-t-elle, marche-t-elle? La critique de M. Amari vient-elle révéler cette science méconnue, et lui donne-t-elle son éclat, son essor?

Italien, natif de Palerme, compagnon de M. Amari, jadis dans la même université, depuis neuf ans dans l'exil, dans les

Digitized by Google

douleurs, dans les espérances, je me sens attiré vers lui par les liens les plus sympathiques. Ce serait pour moi un vrai bonheur que de signaler dans mon compatriote un génie, un savant solide, audacieux, qui, tout en faisant de la critique, mettrait au monde des sciences nouvelles. Mais le pourrais-je? Malheureusement, non. — La vérité, la justice avant tout.

Toute science éclôt d'un recueil de faits, de leur comparaison, des déductions à l'aide desquelles on pénètre leurs causes et leurs lois. Un même genre de faits peut être envisagé sous des aspects différents. Selon qu'on les aborde, qu'on les analyse, qu'on les approfondit dans une direction ou dans une autre, on aboutit à des déductions séparées et diverses. C'est ainsi que de la matière unique des lois comparées entre elles, surgit un arbre tout entier, vivace, admirable, de sciences nombreuses; le droit naturel, la philosophie du droit, la science de la législation, celle du gouvernement, etc...

Mais chaque chose à sa place. Les faits sont les éléments. Si les déductions qu'on en tire s'élèvent jusqu'à la découverte de leurs causes et de leurs lois, elles constituent des sciences. Mais les faits eux-mêmes, à l'état de comparaison, ne forment point par eux-mêmes une science proprement dite. Dans le cas en question, les lois étant les données, la comparaison un des moyens pour créer la science, c'est par ces données et par ces moyens que les sciences juridiques s'enfantent, s'établissent, montent à des sphères de plus en plus sublimes; mais les données et les moyens servant constamment, nécessairement à produire et à démontrer une science, ne sauraient par eux-mêmes la constituer. La comparaison des législations peut bien produire des exemples, des modèles, des types; mais ce n'est pas dans la formation de modèles et de types, ou d'un idéal quelconque, qu'est la science; ce n'est que dans la découverte des causes et des lois universelles, inaltérables.

M. Amari, dans son livre, touche à toutes les doctrines, à toutes les sciences écloses de l'étude et de la comparaison des lois. Il voit que la comparaison en est perpétuellement le germe, le fondement, la preuve; pas une de ces doctrines et de ces sciences qui ne soit commencée et qui ne se soit agrandie par là. Mais tandis qu'il les voit de là jaillir toutes, il s'étonne de ne voir nulle part surgir la science des lois comparées elle-même. Serait-ce, comme il l'a écrit, que cette science aurait été jusqu'à

Digitized by Google

ce jour méconnue? Non; c'est seulement, comme je viens de le dire, que la comparaison des faits a pu bien préparer la science, mais la constituer jamais.

Sans doute, la comparaison des législations peut avoir une science à elle, dans le sens qu'on préciserait ses fins pratiques et scientifiques, et qu'on déterminerait les procédés nécessaires pour arriver à ces fins; mais ceci serait la science de la comparaison des lois, non celle des législations comparées; ce serait la doctrine de la méthode nécessaire à suivre pour faire servir la comparaison des lois à des utilités pratiques, à des conclusions théoriques; ce ne serait nullement une science particulière ressortant des lois comparées.

M. Amari définit la science qu'il poursuit « la doctrine juridique de la civilisation universelle. » A ce point de vue, cette science, ajoute-t-il, devient une histoire, une philosophie, une théodicée des lois de l'humanité, la doctrine de l'idéal, la théorie du progrès des sociétés.

D'abord c'est rassembler trop de choses sur une branche des doctrines juridiques; c'est reproduire au sujet d'une science inconnue la formule que Vico posa pour la science de la nature commune des nations. Lui aussi a dit : « La science que je trouve le premier est une histoire, une philosophie, une théologie. On a voulu voir la démonstration de l'existence de Dieu dans l'ordre de l'univers physique; c'est là la preuve ontologique de la divinité. Je fais mieux : je signale, en démonstration de la divinité, l'ordre de l'univers humain, les lois éternelles par lesquelles se déroulent dans le temps les fastes des nations. Ces lois sont l'œuvre et la preuve de la Providence. — Les hommes ne poursuivent que leurs utilités, leur intérêt, leurs convoitises. Par là, le genre humain se détruirait; mais c'est par là même que la Providence produit les sociétés civiles, leur agrandissement, leur félicité. — Cet ordre n'est-il pas une démonstration de la divinité bien plus admirable que l'ordre de l'univers physique? Il est la conséquence des lois éternelles, immuables, établies par Dieu; c'est par celles-ci que *s'explique* l'évolution historique des peuples, et que la philosophie en retrouve les causes et les règles. — La philologie, dans son sens le plus élevé, le plus étendu, d'histoire des mots, des idées, des choses, est la base d'où éclôt cette vue de la Providence. »

Vico, en émettant ces grandes idées d'où est sortie *la science*

Digitized by Google

nouvelle, a bien pu s'acclamer et dire que c'était là, à la fois, une théodicée, une histoire, un archétype de l'humanité. M. Amari a-t-il les mêmes droits? La doctrine juridique de la civilisation universelle, produit à son avis de l'étude des législations comparées, saurait-elle se parer des mêmes titres? Qu'est-ce que cette doctrine? M. Amari, placé dans un faux jour, a cru découvrir un être nouveau, une procréation propre de l'étude des législations comparées; mais ce n'est là qu'un *quiproquo*. La doctrine juridique de la civilisation n'est que la conséquence de la *science nouvelle;* ce n'est que la philosophie pratique qui en résulte, et dont l'idée donna le branle au génie de Vico, et fut le but premier, l'intention finale de ses méditations.

La découverte des lois éternelles de l'humanité signale les formes nécessaires des évolutions sociales. Une partie de celles-ci appartient au passé; c'est déjà de l'histoire et des évolutions accomplies. Une autre appartient à l'avenir; ce sont là des déploiements qui, tôt ou tard, doivent aussi se réaliser. L'avenir ne s'observe pas; on ne peut que le *préconcevoir*, le *prédéfinir*. C'est là la tâche de la spéculation, de la philosophie qui contemple *l'homme selon ce qu'il doit être*. Le passé c'est du domaine de la mémoire; on le connaît, on le définit, on le juge; c'est là encore une autre tâche de la philosophie, selon qu'elle apprécie des faits, des événements, des actions accomplies.

La philosophie comme spéculation de l'avenir, la philosophie comme critique du passé, puise ses règles à la science qui signale les lois éternelles, nécessaires de la marche des nations. Y comparant les témoignages des vicissitudes historiques, elle décide si l'on a agi *droit* ou de travers, si l'on a aidé ou contrarié l'impulsion, la prédestination posée par la Providence. Prenant aussi pour point de départ les lois inaltérables de l'évolution humaine, elle prévoit l'avenir et détermine d'avance les pas nécessaires pour avancer dans le chemin et pour réaliser la pensée qui prédispose et guide les nations.

La science qui préside à ces deux aspects de la philosophie, l'un critique, l'autre spéculatif, n'est pas celle des législations comparées; c'est la science de l'humanité, de ses *natures* éternelles, de ses lois inaltérables. C'est la science que Vico entrevit, dont, tout en posant la conception fondamentale, il ne trouva ni le nom, ni la définition, ni la méthode. C'est cette science

Digitized by Google

qui produit la doctrine juridique de la civilisation; c'est elle qui dit le *jus*, qui décide le droit et prononce le *verdict* sur le passé et sur l'avenir; c'est elle qui juge si à leurs différentes phases les individus, les sociétés, les peuples se gouvernèrent bien ou mal, suivirent le bon chemin ou s'ils s'en détournèrent; c'est elle qui détermine ce qu'il fallait, ce qu'il faudra à la société particulière et universelle des nations aux divers degrés de leur développement, et quels étaient, quels sont, quels seront leurs droits dans le passé, dans le présent, dans leurs destinées futures. Mettre à la place de cette science, comme le fait M. Amari, la science prétendue des législations comparées, c'est, en élevant la comparaison des lois à une fonction impossible : celle de constituer par elle-même une science, la parer de tous les titres, de toutes les qualifications dont Vico glorifia sa pensée, sa doctrine, sa révélation.

Après tant de peine et un déploiement admirable d'érudition, d'analyses, de parallèles, M. Amari n'aboutit donc qu'à une équivoque. C'est parce qu'il a méconnu la fonction propre de la comparaison des faits qu'il arrive à saisir, sous le nom de science des législations comparées, la doctrine juridique de la civilisation, c'est-à-dire la doctrine qui est la conséquence, non des comparaisons des lois, mais de la découverte des lois nécessaires et éternelles de l'humanité. Une inexactitude dans les notions de la logique, qui est le point de départ de toute recherche et de toute aspiration scientifique, a produit un livre admirable, mais stérile; surprenant, mais pénible; élevé quant au but, mais se traînant avec des efforts simultanément audacieux et fatigants dans l'exécution.

La Sicile est l'île du feu. M. Amari est un des enfants de cette terre du soleil, où le sang bouillonne, où les âmes bondissent, où les esprits s'élancent vite aux extrêmes. La lecture du livre de M. Amari donnerait une tout autre idée des habitants de la Sicile. Au lieu de la célérité dans les idées, de l'ellipse dans les expressions, on y ressent l'embarras, la lenteur. De temps à autre, l'empreinte propre du pays reparaît : la franchise, la présomption, parfois l'emportement; mais ce sont des éclairs. L'influence sombre, accablante d'une entreprise métaphysiquement impossible, ramène l'effort, la prolixité; alors les analyses à n'en pas finir et les épisodes à tout propos reprennent le dessus.

Digitized by Google

C'est dommage. M. Amari a de la vigueur; il devrait, il pourrait s'avancer svelte et agile, et par des aperçus hardis atteindre à des conséquences lumineuses. Mais dans un chemin faux ses forces s'usent, son esprit se débat; à tout pas il craint de s'égarer; il réfléchit, il s'attarde; plus son esprit a de verve, plus il s'engage dans les obscurités. Il croit tenir une vérité, il n'a saisi qu'un rêve.

III.

M. Amari est-il, du moins, parti des idées les plus avancées de l'Italie? Nullement. Ceci nous conduit à dire quelques mots de ces idées en rapport avec cette science universelle du droit, qui doit toujours dominer et éclairer l'étude des législations comparées. Le point de départ, ici, doit être, pour nous, Vico. Vico cependant, en Italie, à l'étranger, n'a pas été compris complétement; et l'Italie, après lui, s'est poussée plus loin.

On a vu en Vico le créateur de la philosophie de l'histoire; c'est sous cet aspect que M. Michelet le présenta à la France. Vico est-il cela? Oui, sans doute; mais ce n'est pas en cela que se trouve sa grandeur suprême.

Vico posa un univers inconnu, un monde ignoré : l'univers humain, le monde des nations. En trouver la cause; par la cause, la loi; par la loi, le droit; élever ainsi la jurisprudence à l'état de science : tels furent la pensée première, l'effort invincible de toute sa vie. Il formula le problème dans l'ouvrage *De Universi juris principio uno et fine uno;* tout ce qu'il fit après n'a été que moyen pour résoudre ce problème.

Le droit, disait-il, est éternel; ce qui est droit l'est partout, toujours. La science des vérités éternelles appartient à la métaphysique. Il faut remonter jusqu'à elle pour saisir la théorie du droit, les principes de la jurisprudence.

L'esprit est le siége des vérités éternelles, le domicile des droits. Les vérités éternelles sont les vérités premières, les notions communes, identiques, uniformes en tous les hommes. C'est dans ces notions que sont la cause de l'univers humain, sa loi, son droit. La jurisprudence s'élevant jusque-là, connaît les choses divines, comprend les humaines.

Ces notions communes constituent la cause, l'essence, la nature vraie de l'humanité. Elles disent un ordre; cet ordre dit

Digitized by Google

la communion. La communion est la loi de l'humanité ; le droit de l'humanité est de réaliser cette communion jusqu'au dernier terme. Tout ce qui soutient et développe la communion est droit, équité, justice. Les droits positifs, s'ils ajoutent ou soustraient à ce droit naturel, sont injustes ; ils ne sont justes qu'en tant qu'ils l'aident et le favorisent. Ces notions communes sont la vérité métaphysique, la sagesse innée de l'humanité, la source de la sagesse vulgaire des nations. Là est la vérité, raison de toute autorité; la conscience supérieure où l'esprit puise ses données, la volonté ses vertus, la science ses principes, la morale ses maximes, la politique ses ordonnances, l'histoire l'origine de toutes ses phases. Reflet de la vérité divine, lumière de l'intelligence, source de l'humanité, cette conscience éternelle et infinie, identique, immuable, se développe partout instinctivement. Elle est la *cause;* les faits ne sont que les occasions, les opportunités, les casualités par lesquelles elle s'effectue. Le dernier terme de cette effectuation consiste en ce que tous les peuples forment une cité unique, communiquant dans la vérité ; par la vérité, dans la justice; par la justice, dans le partage équitable des utilités. C'est par là que se réaliseront le droit naturel, la loi fondamentale, la vraie nature de l'humanité.

Voilà le fond de la pensée de Vico ; la science nouvelle n'est qu'une des élaborations par lesquelles il tâche d'atteindre son but : à l'aide de la métaphysique, la science de la jurisprudence. Ce qu'il lui faut, c'est voir ce que personne n'a vu, la *nature commune*, la vérité primitive, le principe *un* d'où les nations sortent, où elles se soutiennent, par où elles marchent. C'est cela qu'il cherche dans le livre *De antiquissima Italorum sapientia*, dans la *science nouvelle*, toute sa vie, de toutes ses forces.

A-t-on compris Vico dans ce sens? S'est-on aperçu de la révolution qu'il apporte? Vico a tourné le point ; des idées individuelles il est passé aux notions communes. En partant de celles-ci, la science s'intervertit , sort du contingent, atteint l'éternel ; de l'éternité, regarde les temps. Jusqu'ici la logique part de l'homme, des sens, de la conscience individuelle ; pour la philosophie, la source des lois et des droits est dans les facultés et les besoins des individus. Vico surpassant ce point part des notions communes, y saisit la cause de l'humanité ; selon cette

Digitized by Google

cause, la loi, le droit, la justice. Les hommes, les sociétés, les institutions ne sont que la réalisation de l'ordre imposé par cette origine. La jurisprudence en y remontant trouve ses principes; devient science; par la vue de la loi éternelle, elle interprète, explique, juge les lois de tous les temps.

C'est un monde nouveau. Personne ne s'en est aperçu. La logique de l'individualisme dominant toujours dans la science, la logique propre de Vico est demeurée incompréhensible. Pour comprendre Vico on a dénaturé sa pensée. Créateur d'une métaphysique par laquelle on trouve la vérité supérieure, on a fait de lui l'inventeur de la philosophie de l'histoire. Il y aurait là bien des choses à dire; je n'y manquerai pas plus tard; pour le moment le thème me pousse, « *il lungo tema mi caccia.* »

IV.

Vico s'éleva très-haut. L'Italie ne s'est pas arrêtée là. Il y a dix-sept ans fut publié, à Palerme, le *Nouvel organum des sciences de l'humanité*[1]. La science cherchée par Vico, anonyme en lui, prit alors un nom, se formula dans sa vraie méthode. Qu'est-ce que la *science nouvelle*, sinon l'effort pour créér la science de l'humanité? L'univers humain, sujet de cette science, est le seul univers pour l'homme; c'est dans celui-ci que l'homme conçoit les autres. Cet univers a ses natures; ces natures se forment dans la communion. Les mots les signalent. Perpétuées par les mots, leurs conceptions constituent les vérités premières, les notions communes, infinies, éternelles. L'analyse doit en saisir l'origine, la constitution, la loi, l'évolution. C'est ainsi que les sciences de l'humanité vont se constituer. Les mots sont les données premières de ces sciences, leur point de départ. L'ordre des mots est l'ordre des choses. Les mots naissent et se suivent, par accession de données, les unes sur les autres. Ceux qui en ont moins, précèdent; ceux qui en ont plus, succèdent. Les mots successifs, tout en se constituant par des données propres, retiennent les données des mots antérieurs; c'est là leur ordre; c'est ainsi qu'ils s'enchaînent, s'expliquent, se nécessitent, se rappellent. Par cette mathématique de l'ordre des mots, la science trouve sa sphère métaphysique; les causes,

[1] *Proemio al nuovo organo delle scienze dell' umanità*, di B. Castiglia. Palermo, 1841.

Digitized by Google

les lois, en idée, en esprit, de l'univers qui se réalise en fait, dans le monde des peuples [1].

Une fois cette méthode établie, on l'appliqua. On chercha avec son aide la science du savoir, de l'art, des beaux-arts [2]; plus tard, celle du droit [3]. En voici les idées fondamentales : Hors de la communion il n'y a pas de droit. Le droit implique la société; toute société est un monde se constituant en des natures formulées dans la conception, signalées par les mots, réalisées par la coopération. L'opération propre de ces natures sont les lois; la marche suivant ces lois constitue le droit. Les lois positives marquent les étapes de cette marche chez les nations. Toute société nécessite des valeurs; toute valeur constitue une propriété. La propriété s'étend par la tradition et la transmission. La propriété, la tradition, la transmission se garantissent par les attestations. La propriété dans toutes ses formes, — meubles, immeubles; — la tradition dans tous ses modes, — permutation, prêt, location, vente, antichrèse, emphytéose; — la transmission dans toutes ses espèces, — donation, dot, succession; — l'attestation dans tous ses moyens, —

[1] Le peu d'espace ne permet pas de donner un aperçu suffisant de l'ouvrage dont il est question. Je me borne donc à soumettre au lecteur la table des matières contenues dans la première partie, relative à la méthode :

I. Nécessité d'une nouvelle méthode pour une nouvelle science.

II. Distinctions : Science, art, législation.

III. Définitions : Principe, loi, science.

IV. Éliminations : Métaphysique, psychologie, conceptions intérieures, détériorations.

V. Éléments : Manifestations; par elles la connaissance des conceptions, par toutes les deux la totalité des données. — Historiens, philosophes; insuffisance de tous les deux. — Vico, Kant. — VI. Classifications : Nature et utilité des notions; de leur coordination. — VII. Abstractions; leur nature, leur ordre. — Kant, Vico. — VIII. Correspondance des notions, des connaissances, des œuvres. Identité d'ordre et de concept dans la classification de toutes les langues.

IX. Séries : Nominales, traditionnelles, effectives. — X. Séries élémentaires. — XI. Lacunes; moyens pour les combler.

XII. Déductions : Caractères constitutifs. — XIII. Valeurs. — XIV. Principes, lois, *critères*. — XV. Marche de la tradition et de la science. Création des sciences de l'humanité.

[2] *Loc. cit.*, première, deuxième troisième, quatrième partie.

[3] B. Castiglia, *Istaurazione della scienza nelle cose umane, prolusione al corso di dritto universale e speciale*. Napoli, 1847. Voir aussi : *Formula essenziale dè nuovi statuti*, du même auteur. Palerme, 1848.

Digitized by Google

instruments publics, écritures privées, etc., constituent des *natures légales*, des natures éternelles, infinies, du monde des nations. L'opération propre de chacune est leur loi; suivant cette loi doit s'opérer la marche par elles de toute société et de ses membres; le droit consiste à les sauvegarder dans leur constitution propre, à les développer suivant cette constitution. Ces natures identiques, éternelles, infinies partout dans leurs conceptions se réalisent chez les différents peuples par des phases, par des manières diverses. Par leur identité s'établit la science du droit universel; par leurs variétés, celle des droits spéciaux.

V.

Voilà, dans la science de l'humanité et dans celle du droit, les dernières idées de l'Italie. Ainsi résumées, ainsi renfermées dans quelques aphorismes brefs et sans démonstration, elles paraîtront arides, peut-être incompréhensibles quelquefois à première vue : j'en demande pardon au lecteur français. M. Amari, écrivant sur les législations comparées un ouvrage aussi considérable, aussi important que le sien, n'aurait pas dû laisser de côté ces idées, ni l'intelligence complète de Vico, si indispensable à la tâche qu'il s'était donnée. Qu'en résulte-t-il? — M. Amari a cherché à établir ce qu'il appelle une science des législations comparées; Vico s'éleva à la métaphysique, à cette fin seulement de créer la science de la jurisprudence. Ce but de Vico comprend celui de M. Amari, et le dépasse démesurément.

M. Amari, pour constituer sa science, pour recueillir, entendre et apprécier les lois, pose la nécessité d'un archétype, c'est-à-dire d'un idéal, d'un modèle de la société parfaite, ce qu'on a appelé en Italie l'*ottimo civile*. Voilà encore un point où il reste en arrière des dernières idées de l'Italie. Il a été parfaitement démontré en Italie que l'archétype est un contre-sens dans la doctrine du progrès. L'archétype, en effet, pose un terme, et la perfectibilité est indéfinie [1]. Vico, assignant pour cause, pour principe de l'humanité, la communion, donna, en dehors de tout archétype, dans l'*adéquation* plus ou moins à ce principe, la règle pour mesurer dans les lois la justice, l'iniquité.

[1] V. *Dell' ottimo civile*, per Francesco Perez. Palermo, 1843.

Digitized by Google

M. Amari ne quitte pas le point de départ commun de la logique : l'individu, ses sens, sa conscience ; toutes les doctrines relatives au droit issues de cette logique lui imposent et le traînent à leur remorque. Vico, partant des notions communes, plane d'un coup dans une sphère d'où en peu de mots il explique, juge, accepte, élimine toutes les traditions et les doctrines [1]. Contemplant de là, il ne voit que ce qui en est sorti, l'univers humain, les causes qui le produisent, les lois qui le gouvernent. A cette science méditée par Vico, l'Italie a donné nom et méthode ; par l'application de celle-ci elle a tracé les idées fondamentales de la science du droit universel et spécial. La pensée de Vico par là se dessine ; l'univers humain trouve dans les mots le signalement de ses natures, dans la constitution de ces natures la raison de ses lois ; le droit sa science, la jurisprudence sa théorie, la loi positive sa critique. S'il était parti de ces derniers efforts de sa patrie, la Sicile ! M. Amari aurait pris une autre thèse ; l'Italie, au lieu d'un ouvrage admirable, mais stérile, aurait eu la connaissance, et par la verve de M. Amari, le développement d'idées auxquelles il ne manque que de grands esprits pour les comprendre, les utiliser, les répandre.

VI.

Qu'il me soit permis d'ajouter encore quelques mots.

1° Il y a de cela plus de vingt ans, le municipalisme dominait encore en Sicile, le pays natal de M. Amari et le mien. Même dans ces conditions, la Sicile avait produit des ouvrages d'un mérite supérieur. Gregorio et Scinà, l'un pour le droit public, l'autre pour l'histoire littéraire, furent des écrivains d'une importance, restreinte quant à leurs sujets, de premier ordre quant à la conception. Après cette époque une voix se leva ; ce fut la mienne : sortir de la vieille enceinte, coopérer avec la patrie italienne, donner à celle-ci, nous Siciliens, à notre tour, des originalités marquantes, tel fut le mot d'ordre. Le branle fut suivi ; les grandes aspirations surgirent : M. Amari en est une preuve ; de là aussi, tâche sans doute au-dessus de mes forces, non de mes intentions, le *Nouvel organum des sciences de l'humanité*, l'*instauration de la science dans les choses humaines*. La

[1] V. Vico, *De constantia philosophiæ*.

Digitized by Google

science ne regarde pas aux personnes, elle ne regarde qu'aux idées. J'ai dit ce que je devais dire. Dans ma franchise, M. Amari, mes compatriotes, ne verront qu'une suite de mon amour pour mon pays, de mon devoir envers la science.

2° La science de l'univers humain est une conception bornée encore à quelques intelligences, même en Italie. Elle doit progresser, humanisant la métaphysique, trouvant dans les langues, et au-dessus des langues, dans la parole, les moyens de contempler les formes premières, universelles, infinies de l'intelligence. Vico, par notions communes, n'entendait que les axiomes. Il faut dépasser les axiomes; dans les mots, dans leurs notions, au delà des mondes, physique, idéal, surnaturel, saisir l'*étymologie*, le *dire vrai* de la parole. Alors on entrera dans le monde inconnu de la conscience infinie, cause, loi, ordre de l'humanité.

3° On a dit que Vico méconnut la transmission successive, le progrès; c'est là détruire Vico. Toute son idée n'est que progrès. Suivant lui, par l'identité des notions communes, les sociétés s'établissent, et du lieu où chacune est établie, toutes progressent vers la formation de la *cité unique* des peuples. C'est vers cela que religions et institutions, par toutes leurs phases, se dirigent; l'une et l'autre se parfont, accomplissant la communion, réalisant la vérité. Est-ce méconnaître la transmission successive, le progrès? Cette idée de la communion, posée par le christianisme, hiérarchisée par le catholicisme, formulée philosophiquement par Dante[1], scientifiquement par Vico, cette idée domine la pensée italienne, et elle contient tout l'avenir de la science, de sa théorie, de ses applications. Que la France, que les autres nations, comprenant cette idée, aident à son accomplissement!

BENEDETTO CASTIGLIA,
Avocat à la Cour royale de Gênes, ancien procureur du roi au Tribunal civil de Naples, député au Parlement de Sicile, etc.

[1] Voir *Dante Allighieri*, ou *le Problème de l'humanité au moyen âge*, par B. Castiglia. Paris, 1857, chez Dentu.

Digitized by Google

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. Lavielle, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

CHAPITRE V.

Des jugements et arrêts.

Dans ce chapitre, comme dans les précédents, nous examinerons la loi à un seul point de vue : celui des améliorations

[1] V. t. XII, livraison de mars-avril 1858.

Depuis la publication du chapitre III, *De l'abréviation des délais* (V. t. XII, p. 265), M. le garde des sceaux a consulté la Cour de cassation sur l'abréviation des délais en ce qui touche l'*Algérie*, mais seulement pour le pourvoi en cassation en matière civile, pour la signification de l'arrêt d'admission et pour la comparution du défendeur. Dans sa lettre du 16 mai 1858, M. le garde des sceaux, de concert avec M. le ministre de la guerre, qui a l'initiative de la législation en Algérie, proposait de réduire les deux premiers délais d'*un an* à *trois mois*, et de fixer le dernier à *deux mois*. Il demandait, en outre, si ces modifications ne pourraient pas être appliquées à la *Corse*. Par une délibération du 2 juillet suivant, la Cour, chambres réunies, a donné son assentiment au projet du gouvernement, avec quelques légers changements de rédaction indiqués dans le rapport de M. le conseiller *Pascalis*. Ce rapport exprime le vœu que le projet de loi, borné seulement à l'*Algérie* et à la *Corse*, soit étendu à toutes les autres contrées coloniales soumises à la domination de la France, selon leur distance de la métropole. Ce même rapport applaudit aussi, au nom de la Cour, à la pensée exprimée par M. le garde des sceaux de reprendre le projet de loi général, ajourné depuis plusieurs années, et touchant les délais des assignations et des comparutions en matière ordinaire de France en Algérie et réciproquement. Il est indispensable, en effet, de coordonner l'ensemble de ces dispositions, qui ne pourraient être divisées sous peine des plus choquantes anomalies. Nous n'en voulons signaler qu'une seule; elle ressort du projet même sur lequel la Cour a été consultée. Si ce projet touchant les délais du pourvoi en cassation pour l'*Algérie* et la *Corse* était détaché du projet général, présenté et voté séparément, il en résulterait que le délai pour se pourvoir en cassation serait de *trois mois*, tandis que celui des assignations devant les juridictions ordinaires civile et commerciale, continuerait à être de *six mois!!* Le nombre de ces assignations devant les sept tribunaux de l'Algérie s'est élevé, en 1856, à 4,700. Il n'y a eu, dans le courant de la même année, que *trois* pourvois en cassation contre les arrêts de la Cour impériale d'Alger, au nombre de plus de *quatre cents*. Il ne faudrait pas donner la priorité à ces rares exceptions, c'est-à-dire au pourvoi en cassation, et laisser en arrière la généralité des cas, les nombreuses affaires où sont engagés journellement tant d'inté-

Digitized by Google

dont elle paraît susceptible pour assurer la bonne et prompte administration de la justice.

Ainsi nous rechercherons :

1° Si les arrêts et jugements ne devraient pas toujours être précédés du rapport d'un magistrat, et si ce magistrat rapporteur ne devrait pas rédiger aussi les *qualités* de ces décisions, de même que les motifs et le dispositif;

2° Si le ministère public ne devrait pas être entendu dans toutes les causes ;

3° Enfin, quelles sont les meilleures règles à suivre pour la délibération et la rédaction des jugements et arrêts.

§ 1. — *Des rapports du juge.*

La loi *autorise* ces rapports dans toutes les causes ;

Mais elle ne les *ordonne* que dans quelques-unes.

Le rapport n'est pas la règle : c'est l'exception.

Ainsi le tribunal *peut* ordonner un délibéré ou une instruction par écrit *sur le rapport d'un juge* (art. 93 et 95 du Code de proc. civ.).

Ainsi le rapport est *obligatoire*, à peine de *nullité*, en fait de *vérification d'écritures* (art. 199 et 202), — de *faux incident civil* (222), — d'*enquêtes* (280), — de *récusation* (385 et 394), — de *reddition de compte* (539 et 542), — *de distribution par contribution et d'ordre* (668 et 762), — d'envoi en *possession des biens d'un absent* (859), — d'*autorisation de femme* mariée (863), — d'*avis de parents* (885), — d'*interdiction* (891), — de *partages et licitations* (981), — de *bénéfice d'inventaire* (987), etc., etc.

rêts sérieux et pressants. C'est là, en effet, qu'il y a *urgence et souffrance*, ainsi que M. le ministre de la guerre le disait énergiquement dans son projet de loi de 1850. Félicitons-nous donc que ce projet soit repris *intégralement*, qu'on ait bien compris qu'il ne pouvait être scindé, et que les dispositions diverses s'éclairant les unes par les autres, conserveront leurs justes proportions. Si on les divisait en plusieurs projets successivement présentés d'année en année, si surtout l'œuvre était commencée par la fin et non par le commencement, par l'exception et non par la règle, on s'exposerait à tous les inconvénients et à toutes les contradictions dont nous avons signalé un seul exemple, lequel pourrait être aisément multiplié. — Qu'il nous soit permis de saisir cette occasion pour appeler de nouveau la sollicitude du gouvernement sur l'abréviation des délais *en France*, abréviation impérieusement réclamée par des faits nouveaux, par de graves intérêts et des considérations puissantes.

Digitized by Google

Le rapport est encore *obligatoire* dans les affaires domaniales, d'enregistrement, de contributions indirectes et d'autres matières spéciales, réglées en dehors des Codes, et qui intéressent l'État.

Le rapport est donc considéré par la loi elle-même comme un élément de sérieux examen, comme une garantie de plus de bonne solution.

Pourquoi, dès lors, ne pas l'exiger dans toutes les causes? Pourquoi ces distinctions entre les divers intérêts qui s'agitent devant les tribunaux?

Tous ces intérêts, nous l'avons déjà dit, méritent une égale sollicitude, tous réclament la même attention. Il est mal aisé de comprendre que ces sages conditions, que ces précautions si satisfaisantes d'examen et de solution accordées aux uns soient refusées aux autres.

L'expérience, d'accord avec la loi, révèle en effet, chaque jour, les avantages d'un rapport préalable. Il est reconnu nécessaire partout où il y a un point contentieux à discuter ou à résoudre. Il est le complément et le résumé de toute instruction, de toute procédure; la base essentielle de toute délibération.

Voyez au Conseil d'État, à la Cour de cassation, à la Cour des comptes, dans les assemblées délibérantes à tous les degrés, Chambres législatives, conseils généraux, d'arrondissement, de commune, etc., un rapport précède et prépare toujours la décision à rendre.

Mais la nécessité de ce rapport ne se fait sentir nulle part aussi impérieusement que dans les affaires judiciaires.

Il n'en est pas, en effet, qui exigent une étude plus attentive, plus patiente, plus religieuse. Il s'agit de rendre la justice : *Jus suum cuique tribuere*. Il s'agit de découvrir la vérité au milieu de ce dédale de faits et de lois, où on essaye si souvent de la tenir cachée.

Avec le rapport, les accidents, les méprises, *les surprises d'audience*, deviennent bien difficiles, sinon impossibles.

Et, sans donner à ces mots leur plus mauvaise acception, qui ne sait les luttes inégales du barreau? L'avocat consommé, l'orateur entraînant n'a-t-il pas un avantage marqué sur son confrère, moins habile que lui, à manier les lois et la parole? Il faut protéger la faiblesse de ce dernier, c'est-à-dire le bon droit en péril contre les impressions soudaines et contagieuses d'une

Digitized by Google

voix éloquente, que la présence du public et l'ardeur de la lutte semblent rendre plus vive encore.

Le rapporteur, maître de l'affaire aussi bien que les avocats, parce qu'il l'a étudié, comme eux, dans le silence du cabinet et à la même source, c'est-à-dire dans le *dossier*, seule étude complète et rassurante, le rapporteur, disons-nous, prévient aisément ses collègues contre ces entraînements de la parole; il calme et refroidit la discussion animée de l'audience; il confirme ou rectifie les premières impressions trop rapidement perçues; il éclaire les faits indécis, relit les actes dont le sens est contesté, vérifie à l'avance les citations et leur applicabilité, fait de nouvelles recherches, découvre quelquefois des aperçus nouveaux, et apporte dans la délibération, non pas un avis improvisé sous le feu des plaidoiries, mais une opinion réfléchie, lentement formée à la lecture souvent répétée de chaque pièce, opinion toujours émise la première, selon le vœu de la loi, parce qu'elle a justement prévu combien elle pourrait éclairer les opinions qui n'avaient pu se former sur les mêmes éléments et avec la même maturité[1].

[1] Il n'est pas toujours facile, même aux esprits les plus distingués, de résister aux séductions de la parole. M. *Prost de Royer* en cite un exemple que nous aimons à recueillir. Après avoir rapporté dans son dictionnaire, malheureusement inachevé, un arrêt rendu par le parlement de Paris, le 27 janvier 1600, arrêt peu notable en lui-même, il ajoute : « Qu'est-ce donc qui a fait accueillir partout cet arrêt? C'est qu'il fut rendu en présence d'*Henri IV*, qui amena au parlement le *duc de Savoie* pour entendre plaider; car il n'y a pas d'anecdote de la vie du bon roi qui soit indifférente. C'est là qu'après avoir entendu chaque avocat, Henri disait naïvement au duc : *Il a raison; il a raison aussi; ils ont raison tous deux :* hommage rendu à l'éloquence par la franchise, ajoute l'auteur, mais blâme public de la législation; car si elle eût été claire et précise, Henri, qui se fit expliquer les motifs de l'arrêt et le *prononça*, Henri, qui avait du génie, n'aurait pas varié; mais alors la loi n'était pas ce qu'une loi doit être, c'est-à-dire une majeure dont la cause devient la mineure, et le jugement la conséquence. » (Dictionnaire de Prost de Royer, v° *Accusation*, p. 280.)

On doit peu s'étonner de voir le roi assister à l'audience et prononcer l'arrêt. Ses prédécesseurs lui en avaient donné l'exemple; ils venaient souvent siéger au parlement comme pour mieux honorer la justice, *fondement de toutes choses durables*. On peut lire à cet égard d'intéressants détails dans les *Galeries du Palais* de M. *Amédée de Bast*, et dans un travail plus sérieux récemment publié par M. le comte *Bastard d'Estang*, conseiller à la Cour impériale de Paris, sur les *Parlements de France;* mais si l'on veut des notions complètes et de première main sur les arrêts notables rendus par nos

Digitized by Google

Il y a des indulgences pour ceux qui lisent toutes les pièces, disait-on autrefois au palais, comme pour montrer qu'à ce prix *seulement* on pouvait pénétrer dans tous les plis et replis d'une affaire contentieuse.

Si à ces indulgences ainsi gagnées par le rapporteur, on pouvait ajouter celles gagnées de la même manière par le ministère public; si, après cette double étude séparée et complète, ils conféraient ensemble et convenaient, dans cette espèce de commission préparatoire, de la meilleure décision à proposer, il est certain que les chances de la justice et du bon droit seraient considérablement augmentées, et on serait bien coupable d'en négliger une seule en présence des chances contraires qui assiégent notre fragile humanité, obligée cependant par une fiction nécessaire, mais effrayante, de proclamer ses décisions comme la *vérité* même. Quel effort pour la découvrir pourrait décourager un homme de conscience?

Nous venons de voir le rapporteur au milieu de ses collègues, au moment même de la délibération. Mais avant? mais après? Nous n'hésitons pas à dire que son intervention est encore plus utile, plus nécessaire.

Son rapport à l'audience expose les faits et les moyens de la cause. C'est la première voix qui se fait entendre à la justice, voix impartiale et désintéressée, qui en ouvrant le débat en marque le véritable caractère. Il fixe le terrain de la discussion, sans entendre, toutefois, le circonscrire et gêner la liberté de l'attaque et de la défense. Mais les avocats habiles, nous le voyons tous les jours, savent se prévaloir des avantages du rapport. Ils épargnent aux juges, ils s'épargnent à eux-mêmes la peine inutile de rappeler tous les faits qui viennent d'être exposés; la voie est ouverte. Ils y entrent de plain-pied, sans

rois ou en leur présence, la date de ces arrêts, leur objet, le cérémonial usité dans ces occasions, le nom des magistrats qui concoururent à chaque arrêt, et celui des personnages qui accompagnaient Leurs Majestés dans ces audiences solennelles, ou lits de justice, on n'a qu'à remonter aux *Treize livres des parlements* du président *Bernard de Laroche-Flavin* (p. 351 et suiv. de l'édition in-4°). — Il remonte lui-même aux empereurs romains, qui se plaisaient à écouter les parties et à juger leurs différends, *même dans la rue ou sur la place publique*. Après en avoir cité plusieurs exemples, il ajoute : « *Néron* s'occupa davantage au théâtre qu'au barreau, et plus à jouer des tragédies qu'à rendre des arrêts; toutefois, on écrit de lui qu'il *seoit en jugement*, et cela pour garder les formes de la domination. »

Digitized by Google

détour, sans ambage; ils attaquent vivement une question déjà posée, connue, comprise. Ils la traitent avec une vigueur qui ne s'est pas épuisée en stériles efforts et en vaines redites. L'attention du juge qu'ils ont ainsi ménagée leur est complétement acquise. Il s'établit entre eux un courant d'idées et comme une sorte d'intelligence et de réaction, qui favorisent et encouragent ces discussions nettes, concises, fortes, qui sont la véritable éloquence des affaires. L'usage des rapports serait de nature à la propager, et ce ne serait pas assurément un de ses moindres bienfaits.

Le jugement rendu, il faut le rédiger; c'est aussi un travail de haute importance.

Le président est habituellement chargé de cette rédaction. La tâche est trop lourde pour un seul; elle s'allégerait en se partageant. Nul mieux que le rapporteur ne semble en mesure de rédiger la décision rendue sur son rapport.

Ainsi le chef de la compagnie pourrait donner plus de temps à l'administration de la justice dans son ressort, à la direction des travaux, au personnel, à la discipline, en un mot aux devoirs exceptionnels imposés à lui seul dans la compagnie.

Nous ne parlons ici, on le voit bien, que de la rédaction des motifs et du dispositif; nous y reviendrons.

Mais la rédaction des *qualités!*

Nous allons toucher un point délicat, de nature à contrarier de vieilles habitudes et à éveiller beaucoup de susceptibilités; nous ne pouvons cependant nous empêcher de déclarer de suite, pressé par nos convictions, que quand l'intervention des rapporteurs n'aurait d'autre avantage que celui de leur déférer la rédaction des *qualités*, cette intervention mériterait encore toute la sollicitude du législateur.

Expliquons-nous mieux :

On sait que les *qualités* sont l'exposé du point de fait et de droit, des conclusions des parties, de leurs noms, professions et demeures, en un mot de leurs *qualités* (art. 141 et 142 du Code de proc. civ.).

Or le dernier de ces articles confie cette partie essentielle des jugements et arrêts à l'avoué du plaideur qui a gagné son procès.

Cette disposition, on le sait aussi, ne passe dans notre Code qu'après la plus vive opposition. Plusieurs Cours impériales en

Digitized by Google

prévirent aisément et en signalèrent tous les inconvénients et tous les dangers. — L'expérience les a révélés dans toute leur étendue.

Ils ont été reconnus et proclamés par les auteurs les plus accrédités, qui s'étonnent qu'on les ait tolérés si longtemps[1].

M. *Toullier* lui-même, qui s'est peu occupé de procédure, a consacré plusieurs pages à la vive critique de cette erreur de la loi (t. X, p. 338 et suiv.).

Nous pourrions la tenir pour confessée et ne plus chercher à la démontrer. Quelques mots seulement :

Les qualités ne se rédigent et ne peuvent se rédiger qu'après le jugement rendu.

Il n'y a pas de délai prescrit. Celui qui voudra lever le jugement fera signifier les qualités quand il lui conviendra, quand l'affaire sera déjà ancienne, oubliée peut-être, quand la mort de son adversaire ou du président, ou de l'une des parties ou de leurs avoués aura rendu, sinon impossible, du moins bien difficile, le règlement des qualités.

D'un autre côté, on pose ordinairement les questions avant de les résoudre; ici, c'est tout le contraire, on les pose après.

Et ce n'est pas la même personne qui les pose et qui les résout, ce sont deux personnes différentes et placées à des points de vue divers et quelquefois opposés. Le magistrat les résout d'abord, l'avoué les pose ensuite. C'est la réponse avant la demande.

Aussi voit-on chaque jour dans les décisions judiciaires des incohérences, des non-sens, des contradictions bizarres entre ces demandes et ces réponses faites à contre-temps. Cet ouvrage à deux porte l'empreinte visible d'une double coopération.

Il arrive même quelquefois que le rédacteur des motifs, peu confiant dans celui des qualités ou pour d'autres causes, croît devoir reproduire dans ces motifs les faits déjà exposés, ce qui forme deux éditions des mêmes qualités, éditions rarement conformes, et qui mettent souvent le juge supérieur dans l'embarras du choix, sans compter les longueurs et les frais imposés aux parties par ces doubles emplois.

Mais ceci n'est rien, ou peu de chose, auprès de dangers bien autrement sérieux.

[1] On peut consulter notamment l'opinion de *Pigeau*, *Carré*, *Boncenne*, *Chauveau*, *Boitard*, *Regnard*, *Teulet* et *Sulpici*, etc., etc.

Digitized by Google

Les qualités une fois acquises lient les parties et le juge lui-même.

Si donc, par négligence, inattention, erreur volontaire ou involontaire, il se glisse dans les *qualités* une fausse qualité ou un fait inexact; si, par exemple, l'héritier bénéficiaire est qualifié d'héritier pur et simple, un aveu consigné, une date erronée, un chef de conclusion ajouté ou retranché, un acte, un fait importants dénaturés ou omis, le mal devient irremédiable; les fins de non-recevoir, les nullités, les déchéances, les moyens de cassation, de requête civile et autres recours s'accumulent à l'envi : omission de prononcer, plus adjugé que demandé, défaut de motifs, faits inexacts tenus pour vrais, etc., voilà le résultat quotidien de la mauvaise rédaction des qualités, c'est-à-dire d'une rédaction trop négligée ou trop soignée.

« C'est une chose déplorable pour la justice et les parties, s'écriait M. Tarbé dans son excellent ouvrage sur la Cour de cassation, que de voir combien d'annulations n'ont d'autres causes que de coupables négligences, et combien le maintien des arrêts et des jugements dépend de la faute des avoués et des greffiers! » — Et il en cite de nombreux exemples (p. 124).

Ces exemples ne diminuent pas malgré les sévères leçons de la justice, malgré les avertissements des chefs de compagnie[1], malgré la précaution prise par la loi elle-même de faire régler les qualités par le président en cas de difficulté. Cette précaution elle-même devient dangereuse quand elle n'est pas illusoire, et elle l'est presque toujours; car sur une opposition utile et sérieuse, on en compte dix de style et qui ne s'expliquent que par les articles correspondants du tarif.

On attache même si peu d'importance à ce règlement des qualités qu'on le demande quelquefois à un magistrat qui n'a pas assisté au jugement de la cause, et quand il lui arrive de déférer à cette étrange invitation, le jugement ou l'arrêt entiers sont inévitablement cassés[2].

Tous ces inconvénients, et bien d'autres encore, disparaîtraient

[1] Nous avons sous les yeux des circulaires de premiers présidents et de procureurs généraux qui, ne pouvant guérir le mal, cherchent à l'atténuer par les plus sages recommandations.

[2] V., entre autres arrêts, ceux du 14 février 1848, à notre rapport (Sirey, 1849, 1, 464), et ceux des 22 avril et 29 décembre 1857, rendus l'un au rapport de M. *Laborie*, l'autre au rapport de M. *Gauthier*.

Digitized by Google

le jour où la rédaction des qualités serait confiée aux magistrats, comme la rédaction des motifs et du dispositif.

Nous aurions alors un tout homogène, un contexte uniforme, concordant dans chacune de ses parties, empreint du même esprit, écrit de la même main, d'une main désintéressée et sobre de détails inutiles, soigneuse de réduire les qualités aux nécessités de la cause ; — alors point d'arrière-pensée, point de préoccupations de taxe ou d'un recours éventuel à favoriser ou à décourager ; plus de piéges, plus d'écueils, plus de ces énonciations équivoques, incomplètes, inexactes, que nous sommes obligés de subir tous les jours, comme l'expression de la vérité légale, malgré nos convictions contraires. On paraît trop oublier que les faits consignés dans les qualités d'un jugement et d'un arrêt sont les seuls vrais pour la Cour de cassation, et que c'est à ces faits qu'elle applique le droit.

Parmi les auteurs considérables que nous venons de citer, et qui sont *unanimes* pour condamner le système actuel, il en est quelques-uns qui lui préféreraient le *système de Genève*. Or ce système de Genève, le voici : « Les qualités sont déposées, débattues et arrêtées *entre les parties et avant le jugement.* »

Nous ne savons pas au juste comment ceci s'exécute à Genève, mais nous craindrions fort que l'exécution ne rencontrât en France de sérieuses difficultés.

Régler les qualités avant le jugement! Se mettre préalablement d'accord sur le fait et sur les questions !

Mais, dans la plupart des cas, c'est tout le procès ! C'est l'office du jugement lui-même. Il faudrait donc un premier procès sur les faits, sauf un procès nouveau sur le droit.

Pourquoi ne pas ajouter qu'un *jury* prononcerait sur le premier, et le *magistrat* sur le second? nous aurions alors l'idée complète de 1848, c'est-à-dire *l'intervention du jury en matière civile*, idée dont l'opinion publique a fait si prompte et si complète justice qu'il est inutile de s'y arrêter.

Mais veut-on savoir pourquoi les législateurs de Genève n'ont pas confié la rédaction des qualités aux rapporteurs? C'est qu'ils ont *supprimé les rapporteurs;* ils n'en veulent pas absolument, même dans le cas où ils sont impérieusement exigés par le Code qu'ils nous ont emprunté.

Laissons parler un membre influent du Conseil représentatif de Genève que nous avons déjà cité :

Digitized by Google

« Nous avons écarté les rapporteurs, dit M. *Bellot*, dont le Code de procédure civile exige la nomination; nous avons estimé leurs fonctions *inutiles* en séance publique dès que leur rapport ne peut être discuté ni contrôlé, — et *dangereuses* dans la chambre des délibérations par l'influence qu'elles donnaient à un seul juge. Nous avons trouvé plus de sûreté à exiger de chaque juge ce que le Code de procédure ne requiert que du rapporteur : *la lecture des pièces avant le jour fixé pour délibérer*. Le Code génevois de 1791 et la pratique de nos anciens tribunaux nous ont fourni cette sage disposition. »

Très-sage, en effet; mais nous demanderons encore ici comment elle s'exécute?

Le dossier est-il apporté successivement à chaque magistrat?

Ou bien fait-on de ce dossier autant de copies qu'il y a de juges?

Dans l'un et l'autre cas, il est facile d'entrevoir des inconvénients, des frais, des lenteurs, des impossibilités.

C'est surtout en France que ces impossibilités se révéleraient.

Que si l'on pouvait néanmoins les surmonter, nous serions loin de rejeter le système de Genève; il rentrerait parfaitement dans nos idées, car il assurerait *la connaissance approfondie de l'affaire par chacun des juges*, — Ce système nous accorderait même plus que nous n'osons demander. Au lieu d'un seul juge qui étudierait l'affaire *dans le dossier*, elle serait ainsi étudiée par tous. Nous comprenons très-bien qu'on puisse alors se passer de rapporteurs. Chaque juge en ferait l'office au besoin; nous en aurions plusieurs au lieu d'un seul. Ce mode serait de beaucoup préférable au mode actuel, d'après lequel tous les juges montent sur leur siége sans avoir la moindre connaissance des affaires qui vont leur être soumises, sans que l'un deux ait pris lecture d'une seule pièce et puisse éclairer ses collègues; on leur jette à l'improviste des questions ardues, souvent jugées de même. Singulier rapprochement! Quand un savant et profond jurisconsulte demande le temps de réfléchir et d'étudier avant de donner un simple avis, le jeune magistrat donne de suite son jugement, obligé de se livrer, malgré lui peut-être, à cette *intrépidité de décision* qui, selon l'expression de *d'Aguesseau*, *fait gémir la justice* et *trembler les justiciables*. Elle devrait aussi faire trembler le juge; car, enfin, ne pourrait-il pas lui arriver, dans cette rapidité de délibération, de regretter l'opi-

Digitized by Google

nion trop prompte de la veille, et de lui préférer, mais trop tard, celle du lendemain, éclairée par la réflexion? Dans ces cas, heureusement fort rares, on peut se demander quel est le plus malheureux du juge ou du justiciable[1].

Mais entre ces deux extrémités alternatives de la lecture du dossier, par *tous* les juges ou par *aucun*, le rapport ne vient-il pas se placer comme un terme moyen, comme une heureuse conciliation entre les deux systèmes, empruntant à chacun d'eux ses avantages et rejetant ses inconvénients?

« Ce rapport serait, dit-on, *inutile* à l'audience, parce qu'on ne pourrait pas le discuter. »

[1] Il y aurait peut-être un autre moyen de mettre les magistrats en mesure d'étudier à l'avance les questions qu'ils ont à juger : ce serait de leur distribuer ou de leur communiquer un bulletin indiquant sommairement la nature de ces questions. C'est ainsi que cela se pratique au Conseil d'État en matière contentieuse. L'article 17 du décret du 30 *janvier* 1852, qui n'a fait que reproduire les articles 24 et 25 de l'ordonnance du 19 juin 1840, dispose, en effet, dans les termes suivants : « Le rôle de chaque séance publique du Conseil d'État est proposé par le commissaire du gouvernement chargé de porter la parole dans la séance; il est arrêté par le président. — Ce rôle imprimé, et contenant sur chaque affaire une *notice sommaire* rédigée par le rapporteur, est distribué, *quatre jours au moins avant la séance*, à tous les conseillers d'État de service au Conseil délibérant au contentieux, ainsi qu'aux maîtres de requêtes et auditeurs de la section du contentieux. Il est également remis aux avocats dans les affaires qui doivent être appelées. » — L'objet de cette mesure n'est pas seulement d'avertir les rapporteurs, le ministère public et les avocats, mais tous les conseillers et maîtres des requêtes qui doivent juger l'affaire, *afin qu'ils puissent l'examiner avant le jugement.* — Cela se pratique aussi à la Cour de cassation, mais seulement pour les *audiences solennelles*. Les lettres de convocation pour ces audiences ont soin de faire connaître, indépendamment des noms des parties, du rapporteur et de l'avocat général, le point de droit à résoudre. Pourquoi cette mesure ne serait-elle pas étendue aux audiences ordinaires de la Cour de cassation, des Cours impériales et même des tribunaux? Son objet et son utilité seraient les mêmes. On pourrait se dispenser toutefois, par des motifs d'économie, de faire *imprimer* ces notices. Mais dans le rôle communiqué et affiché chaque semaine pour le service de la semaine suivante, il serait bien facile d'ajouter deux lignes pour indiquer la nature de l'affaire. L'avocat général ou le rapporteur, qui la connaissent déjà, rédigeraient, comme au Conseil d'État, cette notice sommaire, cette espèce d'*ordre du jour* hebdomadaire des travaux de la Cour. Aucun détail, si minutieux qu'il paraisse, ne saurait être indifférent quand il s'agit de rendre la justice. Celui-ci a paru utile pour le contentieux administratif; nous croyons qu'il peut l'être aussi pour le contentieux judiciaire. Au reste, pour l'étendre de l'un à l'autre, il ne faudrait ni loi, ni décret, ni instruction ministérielle; il suffirait d'un simple avis des chefs de compagnie.

Digitized by Google

Et que discuterait-on? l'avis du rapporteur? Mais il ne peut le faire connaître à l'audience publique (art. 111); et si l'avocat croit le deviner, libre à lui de le combattre comme celui de son adversaire, mais avec cette modération et cette convenance de langage qui ajoutent toujours à la force du raisonnement. Les parties et leurs défenseurs n'ont-ils pas d'ailleurs le droit de fournir, après le rapport, une note pour relever ce qu'il aurait eu d'incomplet ou d'inexact (même art. 111)?

A la chambre du Conseil, dit-on encore, l'influence du rapporteur serait *dangereuse.*

Crainte chimérique, démentie par l'expérience de chaque jour! Si imposante que soit l'opinion du rapporteur, elle ne triomphe pas toujours de celle de ses collègues. Il n'est pas rare que la discussion le ramène lui-même, car, dans ce moment solennel où s'accomplit l'œuvre de la justice humaine, les vaines inquiétudes de l'amour-propre sont complétement absorbées par celles plus impérieuses de la conscience.

Et puis, est-il donc si regrettable que le rapporteur exerce quelque influence sur la délibération, l'influence d'un travail plus complet, d'une étude plus approfondie? Cette influence légitime, et dont l'aveu même est un argument de plus en faveur des rapports, ne peut-elle point, dans certains cas, contrebalancer heureusement d'autres influences exceptionnelles de talent ou de position bien plus dangereuses encore? Tous les magistrats nous comprennent.

Les objections de *Genève* écartées, en rencontrerons-nous de plus sérieuses en France?

On ne voudra pas, sans doute, classer dans ce nombre la crainte que les rapports *augmentent* le *travail des magistrats.*

Eh! mon Dieu! on leur reproche si souvent de ne pas travailler assez! Reproche injuste, sans doute, mais qui le deviendra bien plus encore si l'habitude des rapports s'introduit dans les compagnies judiciaires, c'est-à-dire l'habitude d'un travail obligé *en dehors de l'audience,* d'une étude approfondie, d'une méditation sérieuse, toutes choses qui font les bons juges et les bons jugements.

Il ne faut pas, sans doute, exciter les ambitions et les rivalités au sein de la magistrature. Elles seraient moins séantes là qu'ailleurs; mais on doit encourager partout l'amour du devoir et

Digitized by Google

une loyale émulation. Ce travail des rapports alternativement déféré à chaque magistrait ne servirait-il pas à les mieux faire connaître tous? Le mérite modeste ne doit pas être condamné à l'oubli et tenu pour ainsi dire au secret. C'est néanmoins ce que nous voyons tous les jours. Les magistrats ne se révèlent au public, surtout dans nos provinces, que par l'instruction ou les débats des affaires criminelles. L'aptitude pour ces affaires est, sans doute, chose fort appréciable; mais enfin cette aptitude ne garantit pas les autres. Tel magistrat fort habile à présider une Cour d'assises ou à conduire une information, peut ne l'être pas autant dans l'examen et la solution d'une question de droit. Le magistrat jurisconsulte peut n'avoir pas, d'ailleurs, le goût de ces présidences; nous en connaissons qui les déclinent. Cette réserve est quelquefois mal comprise. Il s'établit en effet, au palais, une espèce de censure publique qui entend faire sans appel la part de chacun. Mais cette part est-elle toujours bien équitable, bien éclairée, assez bienveillante, assez désintéressée? Elle exerce cependant une certaine influence sur les magistrats supérieurs éloignés et sur l'administration centrale plus éloignée encore. Souvent, malgré les meilleures intentions, cette opinion factice et ce retentissement des affaires criminelles, qui émeut la foule, ne peuvent-ils trop peser sur les questions d'avancement et la distribution des récompenses?

On sait que d'excellents esprits, M. le procureur général *Dupin* lui-même, ont demandé et désirent encore une réduction considérable dans le personnel des tribunaux et dans le nombre de ces tribunaux eux-mêmes [1].

[1] C'est aussi l'opinion de quelques jurisconsultes étrangers. Ils voudraient qu'il y eût, comme en Angleterre, moins de juges et des traitements plus élevés. Dans une lettre adressée par lord *Brougham* à un de nos procureurs généraux, et publiée dans la *Revue étrangère* (1845, p. 81 et suiv.), il retrace les principales différences qui existent entre les institutions judiciaires des deux pays. Il signale notamment celle-ci :

« Vos juges, dit-il, sont, ce me semble, mal payés, et les nôtres ne le sont pas trop bien; ils n'ont que ce qu'il faut pour nous assurer le choix des meilleurs avocats. Nous sommes d'avis que le salaire des juges doit être assez considérable pour qu'un ministre de la justice ne trouve jamais difficiles les nominations des avocats les plus habiles et qui ont la plus grande clientèle.... Il y a dix ans, les juges en Écosse étaient mal payés, c'est-à-dire qu'ils n'avaient que *cinquante ou soixante-quinze mille francs*, et l'on trouva quelquefois difficile de nommer les premiers avocats. Tout économe qu'elle est, la Chambre basse examina la question. Je fus consulté comme *chancelier*, et

Digitized by Google

Le motif principal de cette réduction est puisé dans la disproportion qu'on a cru remarquer entre le nombre des juges et la tâche accomplie par chacun d'eux. On pourrait se prévaloir encore de la diminution des procès à mesure que la jurisprudence éclaire mieux le sens de la loi; de la facilité nouvelle des communications, qui appelle l'abréviation des délais et d'autres circonstances puisées dans les statistiques, pour renouveler cette proposition qui n'est pas abandonnée et qui trouva de si terribles échos en 1848 [1].

Si jamais elle était reproduite, il serait facile assurément de la combattre, du moins dans son ensemble, par de puissantes considérations. Et la nécessité, les avantages des rapports et de la rédaction *complète* des jugements par le juge rapporteur ne seraient pas la moins puissante de ces raisons.

La rédaction *écrite de sa main*, sans en excepter les qualités : tel est le vœu de la loi ancienne et nouvelle quant à la Cour de cassation.

Ce travail a peu de charmes, nous le savons; mais il est l'accomplissement d'un devoir, et dès lors il devient facile. C'est une garantie de plus de l'exactitude de la décision et de l'appli-

donnai mon opinion sur des faits dont j'avais connaissance certaine. L'inconvénient fut reconnu; on y porta remède, et le traitement des juges écossais est maintenant sur un pied convenable. Chez vous, peut-être la même nécessité de bien salarier les juges n'existe pas; et certes, avec le grand nombre que vous avez, il serait impossible de donner des salaires aussi forts qu'il les faut selon nos idées en Angleterre..... Il nous reste beaucoup à vous envier; je pourrais citer la bonne organisation de votre grande Cour de cassation, l'un des dons les plus précieux de la première révolution, et qui a survécu à tous les changements qui ont eu lieu depuis cette époque. »

[1] On n'a pas oublié, en effet, le projet de *désorganisation judiciaire* présenté à cette époque. Les rédacteurs eurent du moins l'heureuse pensée de le soumettre à la Cour de cassation. Dans un rapport rédigé en peu de jours, et pour ainsi dire en quelques heures par son digne premier président, M. le comte *Portalis*, toutes les innovations républicaines furent mises à néant. La colonne ébranlée fut raffermie sur sa base; jamais l'autorité de la raison ne se montra plus digne et plus forte; nous avions noté plusieurs passages de ce vigoureux travail pour les reproduire ici; mais ils auraient réveillé des souvenirs qu'il faut, au contraire, chercher à éteindre. Disons seulement que parmi les immenses services rendus par les deux *Portalis* à la cause de l'ordre, de la justice et de la magistrature, il n'en est pas de plus éclatant que celui-ci. Le mémoire de M. *Troplong* contre la suppression de la chambre des requêtes fut inséré textuellement dans le rapport de M. Portalis. Ce sont deux documents judiciaires et historiques du plus haut intérêt.

Digitized by Google

cation consciencieuse du juge. Si ce travail devait être épargné à quelques-uns, ce serait peut-être aux vétérans de la magistrature, aux conseillers de la Cour de cassation, dont l'œuvre souveraine est à l'abri de tout recours; et en vérité, quand on les voit recommencer ces longues écritures sur papier timbré, comme pour se délasser de celles du rapport, de l'étude approfondie des questions graves et de discussions quelquefois laborieuses, les jeunes magistrats ne seraient pas bien venus à se plaindre de ce surcroît de travail et à se montrer moins dociles à la voix impérieuse du devoir.

Il faut remarquer d'ailleurs que la rédaction des qualités est déjà toute préparée dans le rapport qui n'est lui-même, d'après l'article 111 déjà cité et les lois analogues, que le résumé du point de fait et de droit, en telle sorte que, sauf quelques légers changements, le rapporteur a déjà rédigé les qualités à l'avance; raison de plus pour lui en confier la rédaction définitive, qu'il soumettra, comme celle des motifs et du dispositif, à l'approbation de ses collègues, de telle sorte que le jugement entier soit bien l'œuvre exclusive des magistrats qui l'ont rendu, sans mélange de coopération étrangère.

« Les rapporteurs à la Cour de cassation, disait M. *Tarbé* (art. 233, note *c*), dressent eux-mêmes les qualités. *La moindre erreur ou la moindre omission pourrait causer aux parties le plus grand tort.* »

Avons-nous besoin de répéter que ceci est encore plus vrai dans les juridictions ordinaires, et que là les erreurs et les omissions dans les qualités sont presque toujours irréparables?

Ce ne serait pas non plus une objection sérieuse que celle qui consisterait à dire que le rapport entraînerait des *frais et des lenteurs*.

Quant aux frais, il n'en exige aucuns, il en épargne plusieurs. Nous ne sommes plus au temps des *épices*.

Il épargne la signification du jugement qui doit l'ordonner, et de sa signification (V. art. 93 et suiv. du Code de proc. civ., et les art. 70, 73, 78, 88, 91 du tarif).

Il épargne ceux de la signification des qualités, de l'opposition à ces qualités, de l'ordonnance du président qui prononce sur cette opposition. Tous ces actes sont soumis, indépendamment de l'enregistrement, à des taxes assez élevées (art. 141 et suiv.

Digitized by Google

du Code de procédure civile, et 29, 70, 87, 88 et 90 du tarif).

Il épargnerait les frais considérables *d'une instruction par écrit*, qui deviendrait alors inutile.

Il assurerait mieux l'exécution des articles 77, 78 et 79 du Code de procédure civile, qui prescrivent au défendeur de faire signifier ses défenses dans la quinzaine de la constitution de son avoué, et au demandeur de répondre dans la huitaine. Ces dispositions, si favorables à la prompte expédition des affaires, semblent être tombées en désuétude dans plusieurs tribunaux. Les rapports les relèveraient, et les défenses respectives seraient d'autant plus soignées qu'elles devraient servir de base aux rapports eux-mêmes.

Les lenteurs de l'expédition!

Mais dans les affaires et les juridictions où les rapports sont *obligatoires*, s'est-on aperçu de ces lenteurs?

L'expérience n'enseigne-t-elle pas, au contraire, que l'action du magistrat rapporteur, combinée avec celle du ministère public et des défenseurs, imprime à ces affaires un mouvement plus rapide? On ne veut pas être seul la cause du retard, et le défaut de concours est plus remarqué et moins excusé que dans les affaires où il n'y a ni rapport ni conclusions du ministère public.

N'est-il pas aussi d'expérience, ainsi que nous l'avons dit, que les rapports abrégent les plaidoiries, la délibération, la rédaction?

Et c'est précisément par ce motif que les rapports sont exigés dans les affaires qui requièrent le plus de célérité, soit qu'elles intéressent l'État ou les particuliers. On peut voir les nombreux exemples que nous avons cités au commencement de ce chapitre, et, pour n'en rappeler qu'un seul, la procédure d'*ordre*, une des plus urgentes, il n'y a pas un jugement de cette procédure qui ne soit rendu *sur le rapport d'un juge et les conclusions du ministère public* (art. 668 et 762).

La nouvelle loi sur la procédure d'ordre, dont l'objet principal est de l'accélérer encore, a confirmé en la généralisant cette utile disposition.

« Les jugements sur les incidents et sur le fond sont rendus sur *le rapport du juge et sur les conclusions du ministère public* (art. 762 de la loi de mai 1858).

Digitized by Google

Les affaires correctionnelles présentent aussi par leur nature un vrai caractère d'urgence. L'appel doit être jugé dans le mois, *sur le rapport de l'un des juges* (art. 209 et 210 du Code d'instr. crim.).

Est-ce pour retarder l'expédition de ces affaires qu'on exige ce rapport?

Mais supposons pour un instant contre la vérité démontrée que le rapport du juge entraînât, en effet, quelque délai, serait-ce une raison suffisante pour y renoncer, si l'on reconnaît d'ailleurs ses avantages pour la bonne administration de la justice?

Nous savons les tendances de l'administration à faire juger vite. Depuis les chambres temporaires de 1812 jusqu'à nos jours, les instructions en ce sens n'ont pas manqué. Les comptes rendus signalent ordinairement avec éloge les tribunaux qui ont jugé beaucoup, et *avertissent* ceux qui ont jugé moins.

Mais il ne faut pas se méprendre sur la portée de ces éloges et de ces reproches.

Nous aussi nous avons fait des statistiques; nous avons encouragé la rapidité de l'expédition, mais non sans compléter notre pensée par ces mots : *la prompte justice est la meilleure, mais à condition qu'elle soit bonne*[1].

Plus tard, et au nom de la justice elle-même, nous protestions dans une de ses solennités contre ce zèle imprudent, cette précipitation dangereuse, qui ne cherchait qu'à grossir le chiffre des tableaux à dresser, sans distinguer la nature des décisions judiciaires, assimilées ainsi trop facilement au travail uniforme des bureaux administratifs. Veut-on nous permettre de citer encore ces paroles? On verra qu'elles rentrent dans notre sujet : « L'arriéré, cette plaie des tribunaux que vous avez courageusement extirpée, n'est plus à craindre maintenant; mais nous aimerions mieux la voir reparaître que de nous exposer au danger, autrement grave, *de juger mal en jugeant vite.* Les intérêts qui s'agitent devant la Cour ne peuvent pas être classés d'une manière uniforme comme les chiffres d'un compte rendu. Il faut donner à chaque affaire le temps qu'elle réclame, et les étudier toutes avec cette attention patiente et religieuse dont vous donnez l'exemple, et qui, seule, prévient les erreurs, même

[1] Compte rendu de la justice civile de l'année 1838.

Digitized by Google

pour les esprits les plus faciles et les intelligences les plus promptes; or une erreur *qu'on aurait pu prévenir* est une injustice, et une injustice suffit pour empoisonner toute la vie d'un magistrat[1]. »

Notre foi dans ce dogme ne s'est pas refroidie, et aujourd'hui comme autrefois, au risque de contrarier on ne sait quelle ardeur fiévreuse et désordonnée d'expédition, nous aimerions mieux retarder le jugement de plusieurs causes que d'en mal juger une seule pour l'avoir jugée trop précipitamment. On l'a dit depuis longtemps : un mauvais jugement n'est pas seulement un malheur privé, c'est une calamité publique.

Ainsi, activez la procédure autant que vous le pourrez : abrégez les délais, prévenez les retards calculés de la chicane, simplifiez les formes, c'est notre vœu le plus sincère et l'objet principal de cet essai; mais quand le moment solennel de l'examen et de la délibération sera venu, ne marchandez plus le temps, ne pressez pas les esprits et les consciences, laissez à chaque magistrat le soin de s'éclairer par l'étude et la méditation, encouragez ces sages lenteurs; elles préviennent toutes les autres, elles préviennent surtout les erreurs et les injustices.

Telle est aussi, qu'on le sache bien, la pensée de l'administration centrale de toutes les époques. Les recommandations incessantes de ses circulaires et de ses statistiques n'étaient que trop justifiées par la lenteur de certains tribunaux auxquels on reprochait moins le défaut d'*expédition* que le défaut de *travail*.

Cette distinction a toujours été faite à la chancellerie. On y tient compte de l'importance et de la nature des affaires. On sait aisément, par les chefs des compagnies, que tel tribunal a mieux rempli son temps que tel autre qui présentait cependant un chiffre supérieur; que vingt affaires correctionnelles ou forestières, par exemple, n'exigent pas un plus long examen qu'une seule question d'hypothèque ou de servitude. En un mot, on ne s'est jamais plaint que les juges missent trop de temps à étudier, à méditer les causes. On s'est plaint quelquefois du contraire.

Mais on nous fait une autre objection, une objection pratique, et qui, par cela même, n'est pas sans gravité.

[1] Audience solennelle de la Cour de Riom, du 4 janvier 1840.

Digitized by Google

Sans méconnaître l'utilité et l'avantage des rapports, on nous demande comment on pourrait les introduire dans les tribunaux de trois juges, dont l'un est spécialement chargé de l'instruction criminelle.

Remarquons d'abord que cette objection n'est que partielle et, pour ainsi dire, *locale*, et que la difficulté, l'impossibilité signalées ne se rencontreraient pas dans les Cours impériales et dans les tribunaux d'un personnel nombreux. Ce serait déjà beaucoup de commencer par là l'exécution de la mesure proposée ; nous la restreindrions nous-même à ces termes, si elle paraissait impossible ou seulement difficile dans les tribunaux de trois juges ; car, loin de chercher des difficultés, le but constant de nos efforts est de les aplanir.

Cette déclaration faite, qu'il nous soit permis d'examiner l'objection.

N'oublions pas, d'abord, que les tribunaux de trois juges ont aussi *trois juges suppléants*, et que, d'après l'intention de la loi et du gouvernement, ils ne doivent pas aujourd'hui demeurer inactifs. Ce titre de *suppléant* n'est pas, comme autrefois, nominal et honorifique. Ceux qui le sollicitent et l'obtiennent doivent concourir, comme les juges titulaires, à la distribution de la justice. On leur a donné, dans cet objet, des aptitudes nouvelles, telles que celles de procéder aux contributions, aux ordres, à l'instruction criminelle elle-même[1]. Le zèle et l'émulation de ces jeunes stagiaires de la magistrature, la direction intelligente qui leur sera donnée, sembleraient devoir rendre facile la pratique des rapports dans les tribunaux de toutes les classes. Il n'y aurait qu'à bien organiser le concours des suppléants d'après l'esprit des lois nouvelles : on aurait réellement six juges au lieu de trois, et l'on convient que le premier nombre serait suffisant.

Il est beaucoup de tribunaux de première instance qui n'ont pas encore le nombre de suppléants fixé par la loi. On ne les nomme point, sans doute, parce qu'ils n'auraient pas de *travail suffisant*, et c'est néanmoins dans ces tribunaux qu'on voudrait exclure les rapports, sous prétexte qu'ils donneraient *trop de travail*.

Nous venons de dire que des esprits éminents désiraient une

[1] V. les décrets des 1er et 19 mars 1852.

Digitized by Google

répartition du personnel mieux entendue, mieux appropriée aux travaux réels de chaque tribunal. Ce travail, déjà commencé par la loi du 11 avril 1838, ne tardera pas, dit-on, à être complété. Il se rattache à la question des traitements. En rémunérant mieux la magistrature, on veut lui demander plus de travail. Rien de mieux. Mais cette légitime exigence ne semble-t-elle pas annoncer la confirmation de cette pensée déjà émise par la loi elle-même, à savoir que si le rapport exige un peu plus de travail il assure mieux, par cela même, un examen plus sérieux de toutes les affaires?

En présence de cette vérité fondamentale, reconnue par tous, que deviennent ces considérations accessoires, matérielles, partielles, exagérées, qui, en les supposant fondées dans quelques localités, peuvent être si aisément vaincues, soit par la répartition nouvelle qu'on projette, soit par l'emploi plus actif et mieux réglé de juges suppléants?

On insiste toutefois, et on demande au moins une exception pour les *causes sommaires*.

Nous pourrions accorder cette exception sans nuire à la règle; mais, en vérité, est-ce bien la peine?

A notre sens, le rapport dans les affaires sommaires les rendrait plus sommaires encore.

C'est là surtout que les plaidoiries seront réglées et abrégées par le rapport.

Aussi le rapport est-il exigé, comme nous l'avons dit, dans la plupart des affaires sommaires et urgentes, comme un moyen de prompte expédition.

Il ne faut pas d'ailleurs se méprendre sur ce titre de *causes sommaires;* celles que la loi répute telles n'ont pas toujours ce caractère. Les affaires *commerciales*, par exemple! Qui ne sait leur importance et leurs difficultés? Suivez dans nos Codes la nomenclature des affaires dites *sommaires*, et vous serez convaincus que si elles requièrent célérité elles requièrent aussi examen et réflexion[1]; et c'est bien pour cela que des causes réputées *sommaires* sont mises quelquefois en délibéré sur rapport, sans compter celles de la même nature, où le rapport est

[1] V., indépendamment des articles 404 et suivants du Code de procédure civile, et du nouvel article 762 que nons venons de citer, les nombreuses dispositions de ce Code et du Code Napoléon qui veulent que les causes sommaires soient décidées sur le rapport d'un juge.

Digitized by Google

ordonné par la loi elle-même dans l'espérance, non déguisée, d'une meilleure et plus prompte décision.

« Mais *à Paris*, s'écrient enfin nos adversaires, désertant peu à peu les autres points, comment serait-il possible de faire des rapports? Le nombre des affaires est tellement considérable, l'expédition doit être forcément si rapide, que le travail préparatoire des rapports viendrait entraver à chaque instant cette expédition, au grand dommage de la justice. »

Sans doute Paris est à cet égard, comme à beaucoup d'autres, une ville exceptionnelle. Il ne faudrait pas, toutefois, s'imaginer qu'on n'a pas le temps d'y rendre la justice. Nulle part, en effet, on ne trouve des magistrats plus consciencieux, plus zélés, plus instruits. Si *le flot les emporte*, selon leur expression, nous savons leurs incessants et généreux efforts pour éviter les écueils et arriver à bon port. Un guide de plus, le rapporteur ne pourrait-il donc pas éclairer leur marche sans la ralentir? S'est-on aperçu, même à Paris, que les affaires où le rapport est *obligatoire* aient duré plus longtemps que les autres, et qu'elles n'aient pas reçu une aussi bonne solution? Les statistiques nous apprennent le contraire. Elles nous apprennent aussi que les tribunaux et les Cours qui jugent le plus et le plus vite subissent aussi plus de réformations et de cassations. C'est la force des choses et des nombres; et sans vouloir reproduire ici les hautes considérations des publicistes sur la *certitude* ou, pour mieux dire, sur l'*incertitude* judiciaire, sur ses probabilités morales, etc., n'ont-ils pas tous pris pour point de départ cet axiome de bon sens et d'expérience, que les choses sérieuses, les affaires judiciaires surtout, *n'aiment pas une dangereuse précipitation?*

Nous devons insister d'autant moins sur cette vérité, que nous croyons avoir démontré que les rapports, au lieu de retarder, accélèrent au contraire l'expédition des affaires. Ceci est vrai partout, à Paris comme dans les départements.

Mais il est un autre aspect de la question, qui nous semble mériter une attention particulière.

Le nombre des jugements par défaut est très-considérable en France. Il s'élève, par année, à la moitié environ des jugements contradictoires. Ceux-ci atteignent, terme moyen, le chiffre de *soixante mille* environ, et les jugements par défaut celui de *trente mille*.

Digitized by Google

La proportion est nécessairement plus faible devant les Cours impériales. Sur sept mille arrêts contradictoires par année, on compte, en moyenne, *sept* ou *huit cents* arrêts par défaut (V. les statistiques). Bien que la loi ait prescrit aux juges de l'un et de l'autre degré de n'admettre par défaut les conclusions du demandeur *qu'autant qu'elles se trouvent justes et bien vérifiées* (art. 150), on sait que dans la pratique cette vérification n'est guère plus réelle que quand il s'agit d'accorder au défendeur le bénéfice du défaut (art. 154).

Aussi les décisions par défaut ont-elles peu d'autorité. A la manière dont elles sont requises et obtenues, on voit bien qu'elles ne sont pas même un simple préjugé. Le débat réel ne commence que sur l'opposition. Elle fait rentrer dans le néant le jugement par défaut. Il n'a été, pour ainsi dire, qu'une mesure comminatoire, une mise en demeure, un moyen de vaincre la négligence réelle ou calculée de l'un des plaideurs qui n'a perdu aucun de ses avantages par la décision prononcée contre lui en son absence. Il ressaisit tous ses droits. Il n'y a que des frais et du temps perdus.

Combien il serait facile de les épargner si, au lieu de ce défaut prononcé comme une formule dès qu'il est requis sans contradicteur par l'avocat ou l'avoué, le rapporteur avait exposé l'affaire à l'audience, le ministère public donné ses conclusions, les juges délibéré sur ces conclusions et ce rapport!

La décision par défaut serait alors quelque chose. Elle serait beaucoup, elle serait ce qu'elle est à la Cour de cassation, c'est-à-dire un préjugé considérable et très-souvent, presque toujours, une décision définitive.

M. l'avocat général *Tarbé*, qui écrivait en 1840, nous apprend (p. 154) que dans l'espace de *cinquante ans* il n'y a eu que *deux arrêts* par défaut, rétractés par opposition. « Encore, ajoute-t-il, était-ce l'un en matière de *règlement de juges*, l'autre dans la matière spéciale des douanes, *où les circonstances avaient été indiquées d'une manière inexacte.* »

Depuis 1840, nous n'en connaissons pas d'autre exemple. Nous n'avons pas même le souvenir *d'une seule opposition*, bien que les arrêts par défaut soient très-nombreux à la Cour de cassation. Ce serait à faire douter de ce droit d'opposition s'il n'était littéralement autorisé par le règlement de 1738.

Digitized by Google

Il arrive souvent, même à la chambre civile, que les défaillants gagnent leur procès.

Quant à la chambre des requêtes, on sait que le défendeur n'est pas entendu, ce qui n'empêche pas le rejet de plus *des deux tiers* des pourvois.

« C'est que les affaires *par défaut*, dit encore le même auteur, sont jugées avec la *même attention* que les affaires contradictoires. Elles sont, comme les autres, confiées aux lumières d'*un rapporteur* et à l'examen d'*un avocat général.* »

Pourquoi le même procédé ne produirait-il pas le même résultat devant les tribunaux ordinaires?

Ne craignons pas de l'affirmer : Si chaque affaire, là aussi, était examinée avec la *même attention*; si elle était confiée à l'étude préalable d'un rapporteur et du ministère public, les parties ne se laisseraient pas condamner si souvent par défaut, et moins souvent encore elles formeraient opposition à des décisions rendues sous de pareils auspices et avec de telles garanties.

Ainsi disparaîtrait ou serait notablement amoindri un des plus grands abus de notre administration judiciaire, la procédure par défaut.

On compte ordinairement *deux mille deux cents oppositions*, par année, contre les jugements par défaut, et *cent* contre les arrêts. Cette procédure superposée à la première, et qui n'est causée, en général, que par l'esprit d'évasion et de chicane, ses frais considérables et complétement inutiles, ses lenteurs indéfinies et si dommageables n'auraient plus de raison d'être; on ne les subirait, du moins, que très-exceptionnellement.

Calculez maintenant, et traduisez en chiffres ces frais et ce temps épargnés, et dites-nous encore que les rapports font perdre *du temps et des frais!*

Mais ce que nous venons de dire de l'*opposition*, nous pouvons l'étendre, dans une certaine mesure, à l'appel, à la requête civile, au pourvoi en cassation, à tous les moyens de recours.

Il est certain, en effet, que ces recours seraient bien plus rares si les décisions judiciaires étaient entourées de cette sage précaution, de cette épreuve tutélaire, de cet examen provoqué et fait sérieusement.

Les décisions ainsi préparées et rendues inspireraient aux

Digitized by Google

justiciables plus de confiance et de respect, et à tous les points de vue ce serait là un bienfait immense.

Non-seulement les plaideurs seraient plus circonspects dans leurs attaques et dans leurs plaintes, mais elles réussiraient moins souvent; car, à part les erreurs de doctrine qui, dans les questions controversées, peuvent échapper aux esprits les plus attentifs, combien seraient aisément prévenues ces erreurs nombreuses de fait et de droit qu'on peut appeler matérielles, accidentelles, improvisées, et qui, comme nous l'avons dit, tiennent une si large part dans la statistique des réformations et des cassations.

Ainsi, moins de jugements par défaut, moins d'oppositions, moins d'appels, moins de pourvois de toute espèce, c'est-à-dire moins de longs et dispendieux procès, tel serait, à notre sens, le résultat de la mesure proposée, et qui, à ce titre encore, nous semblerait devoir être accueillie.

Mais ce n'est pas une innovation, on ne saurait trop le répéter; c'est l'application plus large de la loi elle-même; ce sont les bienfaits reconnus, proclamés par elle et par l'expérience, étendus à toutes les juridictions. Que si l'on nous accusait de trop céder, en ce point, aux habitudes du Conseil d'État et de la Cour de cassation, nous serions loin de nous en défendre. Là, en effet, nous avons apprécié, nous apprécions tous les jours les avantages des rapports. Ailleurs nous avions souvent déploré leur absence et compris tous les périls de cette absence elle-même; elle nous semble plus regrettable encore dans les juridictions ordinaires qu'elle ne le serait dans les juridictions supérieures. Une longue expérience des unes et des autres a formé notre conviction.

Quelques mots encore. C'était autrefois un rôle important dans toutes les juridictions que celui du magistrat rapporteur; aussi avait-on retracé avec soin les règles et les conditions des rapports. L'auteur des *Treize livres de parlement* a consacré à ce sujet un chapitre entier; c'est le 21e du livre IX; il l'intitule ainsi:

« Les rapporteurs et conseillers, en rapportant et opinant, doivent être *brefs et pertinents, sans user de redites et superfluités de paroles.* »

L'auteur démontre aisément cette proposition, empruntée aux anciennes ordonnances, et il la résume en ces termes:

« La louange d'un rapporteur ou avocat gît principalement

Digitized by Google

en une narration bien faite, parce que la plupart des procès qui se rapportent ou des causes qui se plaident, se jugent et se rendent par le simple fait bien mis et posé. On appelle une *narration bien faite* quand elle est laconique; *qui n'omet rien de ce qui doit se dire et ne dit rien de ce qui se peut omettre;* qui donne toujours à l'éclaircissement du fait; que ses regards soient tellement dressés et disposés *in visceribus causæ ut judices singulo quoque aspectu totam causam oculis cernere videantur.* Aucuns rapporteurs font presque tout le contraire; ils disent beaucoup et ne disent rien. Ils s'embarrassent tellement et mêlent l'inutile parmi l'utile, que l'esprit des autres juges en demeure suspendu et offusqué. Cela vient de ce que nous ne jugeons pas où gît *le nœud du procès;* si faut-il que nous le jugions les premiers si nous le voulons faire juger autrui;..... et par conséquent, la *brièveté* est fort recommandable au palais, soit en *rapportant, opinant* ou *plaidant,* ce qui s'entend sans être dit, ou de ce qui ne sert de rien d'être su, il faut le taire; il faut incontinent venir au point et toucher au but. Si on ne voit le rivage ou le port où on veut descendre, *on s'ennuie d'écouter.* »

On sait dans quel beau langage l'illustre chancelier reproduit tout ce que les anciennes ordonnances et les anciens auteurs avaient écrit sur les devoirs des magistrats. Voici comment il s'exprime sur les avantages du rapport, sur les défauts et les qualités des rapporteurs :

..... « Combien de fois au milieu de l'obscurité et la confusion d'un rapport, qui n'est long que parce qu'on n'a pas voulu se donner le loisir de le faire plus court, vous est-il arrivé de regretter le temps que vous aviez été forcé d'employer à faire sortir la lumière des ténèbres et à débrouiller, pour ainsi dire, le cahos. Mais quel est, au contraire, votre soulagement quand vous avez le plaisir d'entendre un de ces magistrats en qui l'exactitude du jugement dispute avec la beauté du génie, l'application avec la vivacité, le savoir avec le talent! L'on dirait que l'*inutile* n'a été que pour eux. Après l'avoir dévoré seuls dans une profonde méditation, ils ne vous présentent que l'*utile* dégagé et comme épuré du superflu, et compensent ainsi la durée de leur préparation avec la brièveté de leurs discours. » (16e mercuriale.)

Et dans une autre solennité :

..... « Le rapporteur est l'interprète des parties, le guide des

Digitized by Google

autres magistrats, le flambeau qui doit éclairer la lumière du sénat. Quelle attention, quelle exactitude n'exigent point un si saint ministère *avant le jugement, dans le jugement et même après le jugement.* » (14e mercuriale.)

Notre meilleur résumé est dans ces dernières paroles; qu'y pourrions-nous ajouter, si ce n'est qu'elles semblent avoir aujourd'hui plus de justesse, de force et d'à-propos qu'au temps où elles furent prononcées[1]. » LAVIELLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

BIBLIOGRAPHIE.

DE L'OBLIGATION NATURELLE EN DROIT ROMAIN ET EN DROIT FRANÇAIS,

Par M. Massol, professeur de droit romain à la Faculté de Toulouse.

Compte rendu par M. Théophile Huc, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Toulouse.

M. Massol, connu depuis longtemps dans la littérature juridique par un bon livre sur *la séparation de corps*, vient de publier une importante monographie sur *l'obligation naturelle*, digne d'attirer l'attention, non-seulement des théoriciens, mais encore des jurisconsultes pratiques.

Personne n'avait jusqu'à ce jour examiné d'une manière approfondie et complète les nombreuses difficultés que présente l'obligation naturelle; et les principes qui dominent cette matière étaient même loin d'être fixés. — Parmi les écrivains ou les docteurs dont l'opinion fait autorité, les uns, ne voulant rien

[1] Le célèbre *Pothier* excellait dans les rapports, et on le croira sans peine. « Quelle netteté, quelle lumière ne mettait-il pas dans les rapports! » disait son contemporain et son ami M. Letrosne, avocat du roi au présidial d'Orléans; il écartait ce que les défenseurs des parties n'ajoutent que trop souvent d'étranger, et ne présentait que la cause même avec les moyens respectifs. »

Mais quand il présidait, son extrême sagacité lui faisait écouter impatiemment des détails inutiles *pour lui*. Il prodiguait les signes d'approbation et d'improbation; il interrompait et troublait les avocats; il murmurait même son opinion *à mi-voix*. Ses amis lui faisaient des représentations qu'il approuvait, *mais il n'en était pas le maître;* aussi l'un de ceux-là, son plus zélé panégyriste, M. Letrosne lui-même, continue-t-il à blâmer avec une juste sévérité cette imperfection du grand magistrat. (V. l'édition de M. Bugnet, t. II, p. 50 et 59.)

Digitized by Google

voir en dehors des lois positives, se refusaient à reconnaître l'obligation naturelle comme devant constituer un élément juridique; les autres l'admettaient au contraire, mais lui attribuaient des effets plus ou moins étendus, selon les circonstances du fait; de sorte qu'en définitive il n'y avait pas de corps de doctrine qui systématisât dogmatiquement les règles applicables à l'obligation naturelle.

La raison de cette lacune me paraît devoir être cherchée dans l'influence exercée par le droit romain. Le droit romain, en effet, est la base de toute la théorie des obligations; il est impossible de bien connaître le droit des obligations sans connaître le droit romain : aussi les décisions des jurisconsultes de l'époque classique ont-elles toujours servi de point de départ aux écrivains modernes les plus autorisés. — Or il ne paraît pas que les Romains aient eu, à proprement parler, une théorie générale sur l'obligation naturelle; les textes ne paraissent présenter que des décisions isolées sur des espèces particulières. — Cette absence de théorie générale chez les Romains a empêché les rédacteurs du Code Napoléon de déterminer d'une manière précise le caractère et les effets divers de l'obligation naturelle. Par suite, ceux qui ont écrit depuis la promulgation de ce Code, n'ont donné sur l'obligation naturelle que des notions incomplètes et quelquefois inexactes. Cependant les grands jurisconsultes de Rome, quoiqu'ils aient négligé de formuler leur théorie générale sur l'obligation naturelle, devaient bien rattacher leurs solutions à des principes stables et certains, et le bon sens juridique qui les distinguait à un si haut degré devait rarement leur faire défaut. — Aussi restait-il sur ce point une étude intéressante à faire : il s'agissait de dégager des décisions du droit romain une théorie générale sur l'obligation naturelle, et de mettre ensuite cette théorie en harmonie avec les prescriptions de la législation actuelle. C'est ce que M. Massol s'est proposé, et il est arrivé à pouvoir constater que, sur cette matière, le législateur français s'est laissé guider à son insu par les mêmes principes que les jurisconsultes de Rome. De sorte que les lois romaines doivent, aujourd'hui encore, présenter sur ce point un véritable intérêt pratique.

J'ai dit qu'il n'avait pas encore paru une doctrine complète sur l'obligation naturelle; cependant il faut reconnaître que la plupart des jurisconsultes qui admettent les obligations naturelles étaient à peu près d'accord sur les points suivants :

Les obligations (*sensu lato*) imposées à l'homme se divisent en deux grandes catégories :

1° Les obligations proprement dites (*sensu stricto*); leur ca-

Digitized by Google

ractère est la *personnalité*, c'est-à-dire qu'elles constituent un lien entre deux personnes déterminées, dont l'une s'appelle *créancier* et l'autre *débiteur;*

2° Les simples *devoirs;* leur caractère est l'*impersonnalité*, c'est-à-dire que la personne de l'obligé est seule déterminée, tandis que celle du créancier ne l'est pas : tels sont les devoirs moraux qui nous obligent, par exemple, à faire l'aumône, etc.

Maintenant, parmi les obligations proprement dites, celles qui ont été sanctionnées par le législateur constituent des obligations civiles ; — celles, au contraire, qui n'ont été ni sanctionnées ni réprouvées par le législateur, mais que le législateur aurait pu sanctionner s'il l'avait voulu, constituent des obligations naturelles.

Mais *quid* des obligations que le législateur, bien loin de sanctionner, a au contraire formellement réprouvées? Comment les distinguer des obligations naturelles proprement dites?.... Questions graves et délicates sur lesquelles il est facile d'équivoquer. Le principal mérite du livre de M. Massol est précisément d'avoir établi avec soin une ligne de démarcation bien tranchée entre l'obligation naturelle proprement dite et les obligations qui, réprouvées par le législateur pour des raisons étrangères à l'ordre moral et social, ne peuvent constituer que des obligations morales ou de conscience.

D'après M. Massol, le *criterium* à l'aide duquel on pourra discerner l'obligation naturelle de l'obligation civile et de l'obligation de conscience, est celui-ci : L'obligation naturelle fait partie des biens du créancier, et cependant elle n'est susceptible de produire ni l'action ni la compensation proprement dite; tandis que l'obligation civile produit ces deux effets, et que l'obligation de conscience ne fait pas partie des biens du créancier, et a pour unique effet d'empêcher la répétition de ce qui a été payé ou de servir de cause légitime à une autre obligation. — En soi cette doctrine est exacte; mais on peut objecter à M. Massol que le *criterium* par lui proposé tend à confondre la *nature* de l'obligation naturelle avec les *effets* qu'elle peut produire, et à supposer déjà trouvé ce qu'on cherche encore..... Voici comment M. Massol enseigne, avec raison, que les effets de l'obligation naturelle sont les suivants :

1° Elle empêche la répétition ;

2° *Elle fait partie des biens du créancier;*

3° Elle admet les accessoires de cautionnement, de gage, etc.

4° *Elle n'admet pas la compensation proprement dite, mais seulement la compensation* EX EADEM CAUSA *se confondant avec le droit de rétention ;*

5° Etc., etc.

Digitized by Google

Or M. Massol prend deux des effets ci-dessus indiqués, et les donne comme pouvant servir de *criterium* ! Cela revient évidemment à définir l'obligation naturelle par ses effets, mais ne peut pas servir à trouver l'obligation naturelle, puisque malgré le *criterium*, et même à cause du *criterium*, on pourra toujours se demander : Mais à quoi reconnaîtrons-nous cette obligation qui, lorsque son existence est constatée, a pour conséquence d'augmenter le patrimoine du créancier, comme l'obligation civile, mais ne donne lieu ni à une action ni à la compensation proprement dite?

Cependant, et malgré cette critique, le *criterium* indiqué par M. Massol n'est pas sans valeur, puisqu'en définitive il est toujours facile de savoir dans quelles circonstances le législateur a refusé sa sanction à une obligation, et qu'alors la seule question qui restera à examiner sera celle de savoir si cette obligation, dépourvue d'action, constitue une véritable obligation naturelle, ou bien, au contraire, ne doit pas être rangée dans la classe des obligations de conscience. C'est alors qu'il sera facile d'appliquer dans la plupart des cas le *criterium* dont il s'agit.

Après avoir ainsi indiqué son point de départ, M. Massol examine dogmatiquement l'origine et le caractère de l'obligation naturelle, les divers effets qu'elle est susceptible de produire, ses modes d'extinction, et enfin, dans un dernier chapitre, il fait l'application des règles qu'il vient de tracer aux espèces principales dans lesquelles on peut rencontrer une obligation naturelle. Ce plan méthodique est suivi parallèlement pour la partie relative au droit romain et pour celle relative au droit français, et jusqu'à la fin l'auteur reste fidèle à son idée fondamentale, toujours il montre l'obligation naturelle profondément distincte de l'obligation de conscience.

Si les diverses solutions données par M. Massol ne sont pas toutes universellement acceptées, il est certain qu'elles seront au moins remarquées ; car l'auteur, sur un grand nombre de questions importantes, propose des théories nouvelles souvent fort ingénieuses. Ainsi, par exemple, en ce qui touche la compensation, partant de ce point incontestable que dans le principe elle ne fut admise à Rome que pour les dettes provenant de la même source, que par suite elle se confondait alors avec le droit de rétention, il conclut que l'opinion naturelle admet seulement la compensation *ex eâdem causâ*, et résiste, au contraire, à l'application de la compensation *ex dispari causâ*. C'est dans ce sens qu'il explique quelques textes fort importants, qui, généralement, reçoivent une interprétation bien différente, et, entendus de la sorte, ces textes peuvent être appliqués au pupille

Digitized by Google

sans inconvénient pour lui. — Ainsi encore, M. Massol enseigne que la prescription produit ses effets extinctifs aussi bien à l'égard de l'obligation naturelle isolée qu'à l'égard de l'obligation naturelle concomitante d'une obligation civile. Seulement la prescription laisse subsister une obligation de conscience, et voilà pourquoi un droit prescrit peut servir de cause à une nouvelle obligation consentie pour tenir lieu de la dette primitive.

Enfin, M. Massol a fait plusieurs applications fort importantes, au point de vue pratique de la distinction qu'il établit entre l'obligation naturelle et l'obligation de conscience. — Je me bornerai à parler de son système sur la valeur des contre-lettres en matière de cession d'office.

M. Massol reconnaît que les contre-lettres ayant pour objet de modifier le prix apparent d'un office, ne peuvent produire ni une obligation civile, ni même une obligation naturelle. En effet, les conventions constatées par ces contre-lettres sont illicites comme contraires à l'ordre public. Mais peut-il résulter de ces contre-lettres une obligation de conscience? Oui, répond M. Massol, et l'ordre public ne s'y oppose pas. — C'est qu'en effet la notion de l'ordre public est complexe et difficile à formuler. Pour moi, l'ordre public n'est autre chose que la constitution morale, sociale et politique. Tout acte qui portera atteinte à cette constitution sera un acte contraire à l'ordre public. Mais un acte peut porter atteinte à l'ordre public de deux manières différentes : ou bien en blessant les bonnes mœurs, ou bien en contrariant les principes économiques et politiques officiellement admis. Dans le premier cas, l'acte illicite, qui est en même temps immoral, ne saurait jamais engager la conscience; dans le second cas, au contraire, l'acte sera toujours illicite, mais n'étant plus immoral, il pourra engager la conscience. Voilà pourquoi je n'hésite pas à admettre avec M. Massol que ce qui a été payé en vertu d'une contre-lettre n'est pas sujet à répétition ; car si les traités secrets en matière de cession d'office sont prohibés, ce n'est pas parce qu'ils sont immoraux (où serait l'immoralité?), mais parce que le législateur redoute les conséquences économiques qui pourraient résulter de la fixation arbitraire par les parties intéressées de la valeur des offices. — La solution donnée par M. Massol repose donc sur la distinction qu'il faut faire entre l'ordre public basé sur les bonnes mœurs et l'ordre public basé sur la constitution économique et politique, distinction qu'il est impossible de nier; et M. Massol me permettra de compléter sa démonstration par l'exemple suivant:

Quel est l'homme initié aux premiers éléments du droit qui n'a été choqué par la lecture de cette clause absurde que cer-

Digitized by Google

tains notaires s'obstinent à conserver : *L'emprunteur s'engage à rembourser la somme prêtée en espèces métalliques et sonnantes et non en papier-monnaie ou autre signe monétaire, nonobstant toutes lois ou ordonnances qui pourraient en autoriser l'usage, au bénéfice desquelles il déclare renoncer par exprès?* — Il est clair que cette clause, contraire à l'ordre public, ne peut engendrer pour l'emprunteur ni une obligation civile ni une obligation naturelle ; il pourra toujours se libérer en papier-monnaie, si un papier de ce genre a cours forcé au moment du payement. J'admets même que cette clause étant presque toujours une formule banale des actes d'obligation passés par-devant notaire, ne saurait engendrer une obligation de conscience. Mais je suppose qu'elle ait été insérée dans un acte sous seing privé, et mentionnée comme condition expresse du prêt, son caractère sera toujours le même ; elle sera toujours illicite, et ne produira ni obligation civile ni obligation naturelle. Mais qui oserait nier qu'elle ne produise une obligation de conscience? Quel tribunal oserait admettre l'action en répétition exercée par l'emprunteur qui par erreur aurait payé en espèces, se croyant civilement tenu de le faire, et qui voudrait rentrer dans ses fonds pour donner du papier? — Et si l'emprunteur qui s'est libéré en donnant du papier-monnaie voulait indemniser son créancier de la différence des valeurs, quel jurisconsulte oserait déclarer nulle pour absence de cause, ou pour cause illicite ; la nouvelle obligation que l'emprunteur aurait volontairement contractée dans ce but, ou bien, au lieu de considérer cet acte comme un acte à titre onéreux, voudrait le considérer comme un acte à titre gratuit?

Or les considérations qui ont fait prohiber les traités secrets en matière de cession d'office, et les stipulations dérogeant aux lois sur la détermination des signes monétaires, dérivent uniquement du même ordre d'idées ; ce sont des considérations politiques et économiques, mais la morale n'y est pour rien. Il n'y a pas plus d'immoralité chez l'officier ministériel qui dissimule le prix de cession de sa charge, que chez celui qui stipule qu'un payement ne pourra pas avoir lieu avec tel signe monétaire autorisé par la loi. — L'immoralité réside dans l'action en répétition ; cela est si vrai, qu'on a vu des officiers ministériels destitués pour l'avoir exercée avec succès. Or concevrait-on que le fait d'intenter une action autorisée par la loi pût constituer une immoralité? — On a dit que l'immoralité consiste en ce que le demandeur en répétition est obligé, pour triompher de son action, de proclamer en face de la justice qu'il est sciemment violé la loi en consentant à signer une

Digitized by Google

contre-lettre!.... Ce n'est pas ainsi que l'opinion publique envisage une pareille conduite; ce qui la révolte, ce n'est pas la révélation d'une contre-lettre illicite, mais bien la répétition d'une somme volontairement payée, c'est-à-dire la violation d'une obligation de conscience.....

M. Massol me paraît donc avoir rétabli les vrais principes; et sur ce point, comme sur bien d'autres, son livre est destiné à exercer une légitime influence sur la jurisprudence et la doctrine.

THÉOPHILE HUC.

EXPOSITION DE LA DOCTRINE ROMAINE SUR LE RÉGIME DOTAL,

TIRÉE DES TEXTES ORIGINAUX et rapprochée des changements introduits par la jurisprudence des parlements et le Code Napoléon, avec une Introduction historique; par M. BURDET, professeur à la Faculté de droit de Grenoble, et avocat.

Compte rendu par M. L. A. EYSSAUTIER, docteur en droit, avocat à la Cour impériale de Grenoble.

Nous sommes heureux d'avoir à rendre compte d'un ouvrage qui fait honneur à la Faculté de droit de Grenoble et à notre barreau.

Depuis longtemps M. Burdet conservait inédites des notes rédigées pour un cours de Pandectes; chaque année les aspirants au doctorat (et nous nous souvenons d'avoir été du nombre) allaient lui demander ces notes, qu'il prêtait avec beaucoup d'obligeance, et chaque année, en les lui rendant, on l'invitait à les publier. M. Burdet cède aujourd'hui aux prières qui lui ont été si souvent adressées, et ces notes, soumises à un nouveau travail, sont devenues un traité complet sur le régime dotal romain. La modestie de l'auteur se révèle au titre même de son ouvrage et aux premières lignes de sa courte préface; il n'a voulu faire, nous dit-il, qu'un livre élémentaire. Lisez le livre, et vous reconnaîtrez bientôt que l'auteur a dépassé le but modeste qu'il se proposait, et que toutes les questions y sont traitées avec une science profonde.

L'étude du droit ancien, en nous apprenant les révolutions successives qu'a subies le droit, surtout les causes philosophiques et sociales de ces révolutions, nous éclaire sur le droit actuel, nous dit sa raison d'être, souvent même indique au législateur des erreurs à réparer, des réformes à opérer. A ce double point de vue, nous croyons l'étude du droit romain nécessaire; d'un côté, il est une des sources les plus abondantes

Digitized by Google

de notre droit français; il a régné pendant de longs siècles comme loi, comme *coutume*, dans une grande partie de l'ancienne France, partout comme *raison écrite*, et il a laissé des empreintes ineffaçables dans notre législation; d'un autre côté, les écrits des jurisconsultes romains nous révèlent à chaque pas des principes d'équité et de souveraine raison qui aujourd'hui encore trouvent leur application. Il faut donc étudier le droit romain comme source historique de notre droit et comme modèle de législation. Mais est-il pour cela nécessaire de se jeter dans l'étude minutieuse de tous les textes, et de se perdre au milieu des innombrables controverses soulevées par les commentateurs? Nullement; ce serait sacrifier le présent au passé, au lieu de venir en aide à l'étude du droit actuel par celle du droit ancien. Nous sommes loin de méconnaître les services rendus à la science par des hommes éminents qui ont voué leur vie à l'étude patiente, exclusive (*ô labor improbus!*) des textes du droit romain; mais il est besoin qu'après eux viennent des hommes destinés à aplanir les voies qu'ils ont ouvertes, à les rendre accessibles à tous ceux qui ne peuvent, qui ne doivent donner qu'un intérêt secondaire à l'étude du droit romain, relativement à celle du droit français.

Nous trompons-nous? C'est la mission que M. Burdet paraît s'être donnée. Il a écarté avec soin toutes les difficultés qu'on n'aborde que dans les hautes régions scientiques, se bornant à initier ses lecteurs aux résultats conquis péniblement par la science. Une méthode irréprochable, pleine de logique, une clarté d'exposition, une pureté, une concision de style remarquables, aident l'auteur à atteindre son but. Aussi son livre a-t-il sa place dans les mains de tout étudiant, de tout professeur; et dans une matière où notre droit a fait de si larges emprunts à la législation romaine, le magistrat et l'avocat y trouveront la solution à bien des questions.

Indiquons à grands traits la marche suivie par l'auteur.

Dans une introduction historique, il nous fait connaître la position de la femme dans la famille romaine aux diverses périodes du droit, d'abord sous le régime de la *manus*, qui donne au mari une puissance sur sa femme analogue à celle du père sur ses enfants, puis sous le mariage libre, qui laisse au père une puissance si absolue sur sa fille mariée, qu'il peut la séparer de son mari, et donner à la femme une indépendance fatale dont les abus grandiront avec la dépravation des mœurs; c'est en vain que les lois viendront en aide aux mœurs, les femmes sauront éviter l'application des lois Appienne et Voconienne par des subterfuges que les lois elles-mêmes finiront par consacrer. Le

Digitized by Google

mal était si grand sous Auguste, qu'on put redouter la dépopulation de l'empire, et les lois Papiennes organisèrent un système de récompenses, surtout pécuniaires (*l'avarice romaine!*), afin d'exciter les citoyens au mariage ou au concubinat, à la procréation des enfants! C'est au milieu de ces désordres que M. Burdet nous indique les premiers germes du régime dotal, et leur développement successif jusqu'à la loi *Julia de adulteriis*, qui crée le principe de l'inaliénabilité du fonds dotal dans un but bien différent de celui qui l'a fait conserver et étendre par Justinien et notre droit actuel. M. Burdet nous montre ensuite les progrès du régime dotal pendant la période la plus florissante du droit romain, qui commence à Auguste, avec les principes régénérateurs du christianisme sous Constantin et ses successeurs, enfin sous Justinien, où il atteint son dernier développement, grâce aux priviléges dont cet empereur entoure la dot des femmes. M. Burdet suit également avec soin les diverses phases d'une institution parallèle à la dot, celle de la donation *ante nuptias*.

L'histoire du régime dotal connue, l'auteur entre immédiatement dans l'étude des textes, et voici le plan qu'il adopte : Dans un chapitre 1er, intitulé *De la constitution de la dot*, il s'occupe de l'obligation de doter imposée au père, des caractères de la dot profectice et adventice, des formes de la constitution de dot, de ses effets. Le chapitre 2 est consacré au gouvernement de la dot pendant le mariage (pour nous servir d'une expression heureuse de l'auteur), aux droits du mari sur la dot, aux effets des pactes survenus à l'occasion de la dot, enfin à l'inaliénabilité du fonds dotal. Dans le chapitre 3, il étudie d'une manière complète une matière qui se lie intimement au régime dotal, celle de la prohibition des donations entre époux. Dans le chapitre 4, relatif à la restitution de la dot, il recherche à qui et à quelle époque la dot doit être rendue, quelles actions en garantie appartiennent à la femme pour réclamer cette restitution, et les causes qui peuvent autoriser le mari à retenir tout ou partie de la dot. Les biens paraphernaux font l'objet du dernier chapitre. Telles sont les grandes divisions; et pour chacune d'elles la marche de l'auteur est facile à suivre, grâce à une table des sommaires de chaque numéro, qui rend les recherches très-faciles. Rien n'est oublié par l'auteur; on peut dire qu'il épuise la matière; et cependant pas de digressions inutiles, il va toujours directement et rapidement à son but. C'est l'un des mérites de cet ouvrage qui nous ont le plus frappé; aussi le lit-on toujours avec plaisir, sans fatigue, sans tension d'esprit.

Digitized by Google

Nous ne pouvons suivre l'auteur dans l'examen des nombreuses questions qu'il traite ; mais nous choisirons un exemple pour faire connaître à nos lecteurs comment il procède. Généralement il expose son opinion avec les moyens qui la justifient ; il indique le système contraire, souvent le combat, toujours brièvement, et sans se jeter jamais dans une controverse qui pourrait l'entraîner trop loin et l'arrêter dans sa marche. Après avoir ainsi exposé la doctrine romaine, l'auteur indique, soit dans des notes fort précieuses, soit dans le cours de l'ouvrage, les changements apportés à cette doctrine par la jurisprudence des parlements et par notre loi actuelle ; il relie ainsi la législation romaine à notre droit français. Cette partie de son travail nous fait former un vœu ; M. Burdet l'exaucera-t-il ? Pourquoi ne poursuivrait-il pas l'œuvre commencée, et ne nous donnerait-il pas un ouvrage, continuation de celui qu'il vient de publier, sur le régime dotal dans l'ancien et le nouveau droit français ?

Nous avons promis un exemple : nous choisirons une question célèbre, celle de savoir si la dot mobilière est ou non aliénable. Au n° 46, M. Burdet réfute l'argument que les partisans de l'inaliénabilité tirent de la novelle 61, puis il nous renvoie au n° 140, où il s'occupe des priviléges concédés à la femme par la loi 30, Cod., *De jure dotium*. Par cette loi, nous dit l'auteur, la femme obtient la faculté, seulement en cas d'insolvabilité de son mari, de reprendre dans les mains des tiers les choses composant sa dot aliénées par son mari, alors même qu'elles auraient consisté en meubles ou en immeubles estimés. Elle pouvait aussi considérer ces choses comme définitivement aliénées, mais elle obtenait sur elles un droit de gage et d'hypothèque qui assurait le payement de sa dot. Une seule condition était apposée à l'exercice de ces droits : c'est que les biens fussent *existants* dans la main des tiers. Ainsi le mari pouvait disposer de la dot mobilière ; mais s'il devenait insolvable, la femme avait des droits qui anéantissaient ceux acquis par les tiers. Comment cette doctrine se concilia-t-elle, dans notre ancienne jurisprudence, avec la règle que les meubles n'ont pas de suite ? M. Burdet nous l'apprend. A Bordeaux, le parlement déclara les meubles dotaux inaliénables, à moins qu'ils n'eussent été estimés par le contrat de mariage, ou que, de leur nature, ils ne fussent fongibles et périssables ; les créanciers du mari ne purent saisir les créances dotales, et la femme séparée ne put reprendre sa dot qu'à charge d'emploi ou de bail de caution. A Aix, la même doctrine était à peu près suivie ; la femme, en cas d'insolvabilité du mari, pouvait attaquer les débiteurs des créances dotales, quoiqu'ils eussent acquis leur libération

Digitized by Google

par prescription. A Grenoble, la dot mobilière était aussi réputée inaliénable; les créanciers du mari ne pouvaient saisir les meubles dotaux malgré l'opposition de la femme, et les obligations de la femme, même séparée, ne pouvaient être exécutées sur les meubles. Mais l'aliénation des meubles fongibles et périssables, ainsi que la cession des créances et actions dotales, étaient autorisées. Les mêmes règles étaient suivies par le parlement de Paris; elles furent modifiées pour le Lyonnais, le Forez, le Mâconnais et le Beaujolais, par l'édit du 21 avril 1664. — Ce n'est là qu'une esquisse de l'exposé que M. Burdet fait de cette grave question; elle suffit pour indiquer sa méthode, et faire comprendre combien son ouvrage peut être utile pour des questions encore pleines d'actualité.

Maintenant, attaquerons-nous quelques-unes des opinions de l'auteur? lui ferons-nous quelques légers reproches? Ainsi, par exemple, M. Burdet pense que la dot était nécessaire pour qu'il y eût justes noces; qu'à défaut de dot il ne pouvait exister qu'un concubinat. Nous croyons qu'il se trompe; il rejette trop facilement les preuves que les partisans de l'opinion contraire tirent des comédies de Plaute, image fidèle des mœurs du temps. Au n° 41, il traite la question si grave de la validité de l'échange de l'immeuble dotal fait par le mari avec un tiers. Cette question est fort controversée; de nombreux auteurs, dans l'ancienne jurisprudence et sous le droit actuel, l'ont discutée. M. Burdet le sait bien; nous nous souvenons d'une consultation fort savante publiée par lui dans une affaire qui donna lieu aux débats les plus vifs devant la Cour de Grenoble, et qui se termina par un arrêt [1] où les lois 26 et 27, *De jure dotium*, reçurent une interprétation différente de celle qu'elles avaient reçue jusqu'alors. Nous aurions aimé qu'au lieu de se borner à exprimer son opinion, en invoquant les textes qui, d'après lui, la justifient, il eût dit quelques mots de cette controverse et même de cet arrêt de Grenoble. Nous nous trompons peut-être; c'est en connaissance de cause que l'auteur a agi autrement, et probablement nous approuverions les motifs qui l'ont guidé, si nous les connaissions. Quoi qu'il en soit, on voit que nos querelles n'ont rien de grave, et ne peuvent atténuer le mérite évident de l'ouvrage que nous annonçons à nos lecteurs. Nous ne regrettons qu'une chose : c'est de n'avoir pas l'autorité des personnes haut placées dans la science à qui nous en avons entendu faire l'éloge [2].

L. A. EYSSAUTIER.

[1] 7 juillet 1853, Tranchand c. Parmilieu.

[2] Nous citerons M. Laferrière, inspecteur général des Écoles de droit.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

D'un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1812

SUR LES EFFETS, QUANT A LA TRANSMISSION DE PROPRIÉTÉ ENTRE LES PARTIES, DES VENTES DE MARCHANDISES AU POIDS, A LA MESURE OU AU NOMBRE, RENFERMÉES DANS UN LIEU DÉTERMINÉ.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

SOMMAIRE.

1. Principe fondamental de l'acquisition de la propriété des choses sous le Code civil.
2. En quoi l'article 1585 déroge-t-il à l'article 1583?
3. L'article 1585 n'est point écrit pour les marchandises que le vendeur n'a point en sa possession au temps de la demande. Ce genre d'achat est réglé par les principes généraux des obligations.
4. L'article 1585 est écrit pour des marchandises actuellement détenues par le vendeur.
5. L'article 1585 comprend les deux cas prévus par Pothier, des marchandises achetées à la mesure sur une masse déterminée, et de la masse entière achetée à la mesure.
6. M. Pardessus pensait que la propriété était tellement acquise à l'acheteur que celui-ci avait, avant le mesurage, droit de revendiquer les marchandises dans la faillite du vendeur.
7. Arrêt conforme de la Cour de cassation.
8. M. Troplong pose en principe que la propriété n'est pas transférée avant le mesurage. Raisons par lesquelles il combat l'arrêt du 11 novembre 1812.
9. Réfutation. Il faut écarter de la discussion certains points soulevés par M. Troplong, comme étant sans influence sur la doctrine de l'arrêt.
10. Examen de la formation de l'article 1585 du Code Napoléon. Texte de l'article 4 du projet. Commencement de la discussion à la séance du 30 frimaire an XII.
11. Seconde partie de la discussion au Conseil d'État, notamment entre le second consul, présidant la séance, et M. Treilhard.
12. Loin de pouvoir conclure de cette partie de la discussion que les risques sont à la charge du vendeur, PARCE qu'il demeure propriétaire, on en doit tirer cette conséquence, que *les risques* pèsent sur le vendeur, QUOIQU'*il ait cessé d'être propriétaire*.
13. Texte de la seconde rédaction. — Observations du Tribunat. — Sa rédaction, qui a passé dans le Code.
14. On ne peut pas tirer des observations du Tribunat les conséquences qu'en déduit M. Troplong.
15. M. Faure et M. Grenier sont favorables à sa doctrine.
16. Réponse à leur doctrine.
17. La doctrine de la transmission de propriété entre les parties est la seule conforme à la loi.

Digitized by Google

1. Le principe fondamental de notre nouveau droit français est que la propriété s'acquiert par l'effet des obligations (art. 711); et l'article 1583 du Code Napoléon n'en est qu'une conséquence : « La vente est parfaite entre les parties, et *la propriété est ac-* » *quise de droit* à l'acheteur à l'égard du vendeur, dès *qu'on est* » *convenu de la chose et du prix*, QUOIQUE la chose n'ait pas » encore été livrée ni le prix payé. »

De ce principe fondamental découle une conséquence certaine : c'est qu'il faut l'appliquer toutes les fois que, soit la nature des choses, soit une disposition législative dérogatoire au principe de l'article 1583, n'élève pas un obstacle absolu contre son application.

2. Quelle dérogation l'article 1585 apporte-t-il à l'article 1583? Il n'en apporte qu'une seule, à en juger par son texte : c'est que jusqu'au pesage, comptage ou mesurage, les choses vendues demeurent aux risques du vendeur. C'est *en ce sens* seulement que la vente n'est pas parfaite : « Lorsque des marchandises ne » sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la » mesure, *la vente n'est point parfaite*, EN CE SENS que les choses » vendues sont aux risques du vendeur jusqu'à ce qu'elles soient » pesées, comptées ou mesurées. »

Or, dire que l'imperfection de la vente n'a pour résultat que de laisser jusqu'au pesage, comptage ou mesurage les choses vendues aux risques du vendeur, c'est, dans le sens propre des mots, bannir de cette restriction tous les autres effets légaux de la vente; c'est dire implicitement que les choses vendues appartiennent à l'acquéreur du jour du contrat, et que l'acquéreur a tous les autres droits de la propriété : qu'il peut revendiquer les objets vendus tant qu'ils se trouvent en la possession de son vendeur; faire tous les actes conservatoires de son droit; vendre valablement ces choses mêmes; en un mot, exercer tous les actes de propriété, autres que ceux qui tiennent à la garde de la chose acheté. Et la seconde partie de l'article 1585 confirme le sens que nous donnons à la première, puisqu'elle confère à l'acheteur deux actions en cas d'inexécution de l'engagement par le vendeur, l'une pour exiger la délivrance, l'autre pour obtenir des dommages-intérêts, s'il y a lieu; car la demande en délivrance suppose la perfection du contrat de vente et le droit de propriété de l'acheteur contre le vendeur.

3. On sent bien que cet article 1585 n'a pas été écrit pour

Digitized by Google

les ventes qui se font de marchandises que les vendeurs ne possèdent pas encore, mais à qui leur profession commande de promettre par quantité à d'autres marchands ou à des particuliers. Par exemple, il n'est point écrit pour le cas d'un marchand de blé qui aura promis à un maître de pension de lui fournir pour telle époque une quantité de blé déterminée et de telle qualité, *à tant* l'hectolitre. — C'est là une obligation de fournir plutôt que ce n'est une vente; la vente s'effectuera au temps de la livraison; et si le marchand n'exécute pas sa convention, il devra des dommages-intérêts plutôt en vertu des articles 1138 et suivants qu'en vertu de l'article 1585. Ces marchés à livrer sont le contrat de vente tel qu'il était connu des Romains, consistant à promettre de faire avoir la chose à titre de propriétaire, mais sans translation de propriété au moment du contrat. Ce sont des marchés qui, sous notre Code, n'ont pas de titre spécial (art. 1007), et qui sont réglés par le titre des Obligations conventionnelles en général; et c'est seulement quand ils sont exécutés loyalement qu'ils produisent définitivement les mêmes effets que la vente. Aussi, pour ces ventes imparfaites au temps du contrat, le Code renvoie-t-il, par l'article 1584, aux principes généraux des conventions.

4. Dans l'article 1585, il s'agit de marchandises actuellement détenues par le vendeur. C'est prouvé, d'abord parce que l'article même laisse les choses vendues aux risques du vendeur, et les suppose par conséquent aux mains du vendeur ou de quelqu'un qui les détient pour lui; c'est prouvé plus clairement encore par l'article 1586, écrit par opposition à l'espèce de l'article 1585, et parlant des marchandises vendues en bloc. Ainsi les deux articles règlent l'effet de la vente de marchandises étant actuellement aux mains du vendeur, ou du moins étant à sa disposition.

5. L'article 1585 comprend deux cas signalés par Pothier (*Vente*, n° 308), dans lesquels il dit que *la vente n'est point censée parfaite*, quoique les engagements respectifs de l'acheteur et du vendeur subsistent : celui où l'on a vendu une certaine quantité de marchandises à prendre dans un magasin déterminé où il en existe davantage, parce que dans ce cas, et au milieu du tas de ces marchandises, *nondum apparet quid venierit*, n'étant pas encore constant quels corps certains feront l'objet de la vente; et le cas où l'on aurait vendu tout ce qui est dans le magasin à

Digitized by Google

raison de tant la mesure, parce que *non apparet quantùm venierit*, le prix n'étant pas encore déterminé, et ne pouvant l'être que pour chaque mesure qui aura été livrée par le mesurage.— Si notre article, venant après l'article 1583, avait dit comme Pothier « *la vente n'est pas censée parfaite*, » sans correctif aucun, on aurait pu croire que la délivrance était nécessaire pour l'existence du contrat de vente, et que jusque-là la vente était en suspens et ne transférait pas encore le droit de propriété, contrairement même à la doctrine de Pothier; mais, suivant sa rédaction actuelle, l'article 1585 bornant l'imperfection aux risques *medio tempore*, il faut dire aujourd'hui, comme du temps de Pothier, que, quoique les risques pèsent sur le vendeur jusqu'au mesurage, la vente n'en est pas moins parfaite quant à tous ses autres effets.

6. Telle est l'opinion de M. Pardessus. « L'acheteur de 100 » muids de blé (dit-il, *Cours de droit commercial*, n° 296) exis- » tant dans *tel* grenier, qui lui avaient été vendus à raison de » 20 francs le muid, pourra, même après la faillite de son ven- » deur, former contre la masse une action en délivrance, exiger » qu'il soit procédé au mesurage et faire enlever le blé, en » payant le prix convenu pour chaque muid. Il a ce droit quand » même la totalité du blé contenu dans le grenier ne lui aurait » pas été vendue, et qu'il n'en aurait acheté que 100 muids, ou » une partie aliquote, un quart, une moitié : car il a acheté jus- » qu'à concurrence de *telle* quantité; et quoiqu'on ne puisse » dire que c'est *telle* portion plutôt que *telle* autre qu'il aache- » tée, on ne peut nier que ce ne soit une portion de ce que » contenait le grenier : il en est devenu propriétaire par indi- » vis; et la vente d'une part déterminée, quoique indivise, dans » un corps certain, transmet à l'acquéreur la propriété de ce » qui lui est vendu. — Réciproquement, les syndics qui trou- » veraient avantageux pour la masse de venir prendre livraison » après mesurage...., pourraient contraindre l'acheteur et user » contre lui des mêmes droits qu'aurait eus le vendeur. »

7. La doctrine de l'auteur était fondée sur un arrêt de la Cour de cassation du 11 novembre 1812 (Merlin, mot *Vente*, § 4, n° 2, à la note); M. Merlin pose ces deux questions sur le mot *mesurées* de l'article 1585 : 1° Résulte-t-il de là qu'avant le mesurage la vente n'est point translative de propriété? 2° En résulte-t-il que si le vendeur vient à faillir avant le mesurage,

Digitized by Google

l'acquéreur ne peut pas revendiquer les marchandises qui ont été l'objet de la vente?

Il s'agissait de 36 toises de bois à brûler que Peyramont avait acheté de Larue au prix de 170 francs la toise, étant sur le port de Sauvìat, et que Larue devait faire arriver au port de Naveix avant le 1er mars suivant. Larue en avait vendu une partie à un tiers, était tombé en faillite, puis en avait vendu la seconde partie. Un jugement confirmé par arrêt de Limoges du 1er septembre 1810 déclara la vente *parfaite du moment où l'acte de vente avait été signé*, et admit la revendication. La Cour de cassation rejeta le pourvoi, « parce que si l'article 1585 dis-
» pose que dans le cas où la marchandise est vendue à la me-
» sure, la vente n'est point parfaite quant au mesurage, cet
» article *explique* que c'est en ce sens que la chose vendue est
» aux risques du vendeur; et *il précise* que l'acheteur peut de-
» mander la délivrance ou des dommages-intérêts faute d'exé-
» cution; que conséquemment, loin de déroger au principe gé-
» néral établi par l'article 1583, il le confirme en décidant que,
» même en ce cas, LA VENTE EST PARFAITE A TOUS AUTRES ÉGARDS
» QUE LES RISQUES. » Et après avoir eu résolu ainsi la question de propriété en faveur de Peyramont, la Cour de cassation en tire la conséquence que la revendication était valable, « parce que,
» d'après les dispositions de l'article 581 (aujourd'hui 575) du
» Code de commerce, le propriétaire de marchandises dépo-
» sées aux mains du failli peut les revendiquer en nature, si elles
» existent, ou le prix qui en serait encore dû, si elles ont été
» vendues. »

8. M. Troplong pose en principe, au contraire (*Vente*, t. I, p. 109, nos 86 et suiv.), que *la propriété n'est pas transférée avant le mesurage*; puis s'attaquant à l'arrêt Peyramont, il fait remarquer, en point de fait, que la convention faite entre Peyramont et Larue portait textuellement que *Peyramont serait propriétaire des bois achetés, du jour même du contrat*, et que néanmoins le vendeur le ferait arriver au port de Naveix, où il s'obligeait à en faire la délivrance; ce qui tend à faire supposer que l'arrêt qu'il examine n'est qu'un arrêt d'espèce. Il soutient qu'il n'y avait pas besoin d'un arrêt en doctrine, puisque la condition ayant un effet rétroactif, même par l'événement survenu après la faillite, la vente devenait pure et simple, et qu'en jugeant de la capacité de Larue au moment du contrat et non au moment

Digitized by Google

de l'événement de la condition, la solution du procès devait être la même; que la seule question du procès était de savoir si la faillite s'opposait à l'accomplissement de la condition; que la Cour de cassation, au lieu de s'occuper de cette question, a mieux aimé s'arrêter à la question de translation de propriété, qui était *un hors-d'œuvre et un faux point de vue.* — Il pose ensuite en principe que dire que le risque de la chose demeure à la charge du vendeur avant le mesurage, c'est faire clairement entendre qu'il demeure propriétaire jusque-là; et il invoque, pour le prouver, les procès-verbaux du Conseil d'État, les observations du Tribunat, les discours de MM. Faure et Grenier, tribuns.

9. Cependant nous pensons qu'entre les deux doctrines, celle de M. Troplong et celle de M. Pardessus, c'est à celle de M. Pardessus qu'il faut rester attaché.

Le fait que l'acte portait que Peyramont *serait propriétaire* des bois *du jour même du contrat* est insignifiant pour examiner la doctrine de la Cour de cassation, puisque l'arrêt de cette Cour a traité la question sans s'expliquer en rien sur cette circonstance, et en a fait abstraction. — Il faut donc l'écarter de la discussion. D'ailleurs cette énonciation au contrat n'est que la traduction de l'article 711 du Code Napoléon et n'y ajoute rien.

La doctrine que la clause étant conditionnelle, les principes sur les conditions suffisaient pour rejeter le pourvoi, doit aussi être écartée de notre examen : il s'agit en ce moment de savoir si la Cour de cassation a eu raison de dire que « *la vente était parfaite à tous autres égards que les risques.* »

Il est même inutile d'examiner si la question de translation de propriété était dans l'affaire *un point de vue faux et un hors-d'œuvre*, comme l'assure M. Troplong. La question qui nous occupe est de savoir si la doctrine de translation de propriété, autrement que pour les risques, est vraie ou fausse; ainsi la doctrine de l'arrêt peut être examinée, adoptée ou rejetée, quand même la Cour de cassation l'aurait examinée intempestivement[1].

[1] Néanmoins, le reproche que l'illustre écrivain adresse à la Cour de cassation porte à faux. Le récit de M. Merlin atteste que le jugement de première instance a déclaré *que la vente avait été parfaite du moment où l'acte avait été signé;* que l'appellation avait été mise au néant par la Cour de Limoges, ce qui fait assez connaître que la Cour avait adopté les motifs des premiers

Digitized by Google

Tous ces points écartés, nous rentrons donc dans la doctrine que la propriété s'acquiert *par l'effet des obligations*, ce qui est tout le contraire du droit romain, selon lequel *traditionibus et usucapionibus dominia rerum transferuntur, non pactis;* que la vente est parfaite entre les parties, et la propriété acquise de droit à l'acheteur à l'égard du vendeur dès qu'on est convenu de la chose et du prix, ce qui est encore contraire au droit romain, où le vendeur s'obligeait seulement envers l'acheteur *à lui faire avoir librement la chose à titre de propriétaire;* que l'article 1585 n'apporte qu'une dérogation à l'article 1583, en ce sens unique que la vente n'est point parfaite relativement aux risques, lesquels continuent à peser sur la tête du vendeur jusqu'au jour de la livraison.

10. Ce qui s'est passé au Conseil d'État n'est pas aussi favorable à l'opinion de M. Troplong que ce savant magistrat le croit.

L'article 4 du projet (art. 1585 du Code) était ainsi conçu : « Lorsqu'on vend au poids, au compte ou à la mesure, *la vente » n'est point parfaite que* la marchandise ne soit pesée, comp- » tée ou mesurée. » — Puis venait immédiatement l'article 5 (qui a produit l'article 1586) : « La disposition de l'article pré- » cédent n'a point lieu si les marchandises ont été vendues en » bloc. »

L'article 4, pris isolément, était bien plus étendu que l'article 1585 : il comprenait même les marchandises qu'on achèterait à la mesure, *quoique le vendeur ne les possédât pas actuellement.*

A la séance du 30 frimaire an XII, cet article 4 excita une foule d'observations. Sa généralité effrayait. « Ne pourrait-on » pas, par une fausse application, l'étendre aux immeubles » (M. Jollivet)? » — « Non, car il ne concerne que les ventes » de marchandises (M. Cambacérès). » — « Même réduite à ces » termes, l'application de l'article ne serait pas exacte dans sa » généralité (M. Begouen). » — « Il ne peut s'appliquer aux » ventes de marchandises que lorsqu'elles sont faites sous la » condition du mesurage (M. Galli). » — Hors ce cas, la vente

juges. De plus, on y lit que les parties condamnées ont proposé la violation de l'article 1585 du Code Napoléon pour moyen principal de leur pourvoi. Il était donc impossible que la Cour de cassation ne statuât pas en doctrine sur un point décidé en doctrine par le jugement de première instance confirmé sur l'appel, et à elle soumis comme moyen principal.

Digitized by Google

» est valable, quoiqu'il y ait défaut de poids et mesure (M. Jollivet). » — « L'insuffisance du poids ne produit d'autre effet » que de donner au créancier une action pour obliger le vendeur » à parfaire (M. Réal). » — « L'insuffisance du poids ne vicie » pas la vente, la chose vendue fût-elle un corps certain comme » une balle de toile. L'article n'établirait qu'une exception qui » s'appliquerait à très-peu de ventes (M. Bérenger). » — « La » rédaction de l'article n'est pas parfaitement exacte; car si l'on » achète tout ce qui se trouve dans un magasin à raison de *tant* » la mesure, il ne reste d'incertitude que sur la quotité; *la chose* » *et le prix sont déterminés* (M. Treilhard). »

11. Jusqu'à présent toutes les observations s'élèvent contre l'étendue de l'article qui annulerait des ventes évidemment valables. Le consul Cambacérès répondit à l'observation de M. Treilhard « que son opinion était susceptible d'objections. « Dans une vente de 10 muids de blé, par exemple, la chose » n'est aux risques de l'acheteur *qu'après le mesurage;* c'est ce » cas que l'article prévoit et décide. »

Ainsi, voilà la discussion qui se concentre sur un point; et quoique le second consul n'exprime pas que ces 10 muids sont supposés être dans les magasins de l'acheteur, c'est ainsi qu'il l'entend, puisqu'il répond à M. Treilhard parlant de la totalité des marchandises dans un magasin déterminé.

« M. Treilhard convient que cette opinion est exacte, mais » il pense qu'on peut la concilier avec la sienne. — Si l'on » achète la totalité des marchandises déposées dans un magasin, » la vente est parfaite aussitôt que le prix est convenu » (d'après ce qu'a dit M. Treilhard, cela signifie aussitôt que le prix de la mesure est convenu). « Si au contraire on achète une certaine » quantité des marchandises, non en bloc, mais à la mesure, » comme dans l'hypothèse présentée par le consul, la vente » n'est parfaite qu'après que la marchandise a été mesurée et » livrée.

» Le consul Cambacérès partage cette opinion; mais ce qui » importe, dit-il, c'est de ne pas soumettre le cas de l'article 4 » (1585) a la disposition de l'article 2, qui, suivant l'axiome *res* » *perit domino*, met la chose aux risques de l'acheteur du mo- » ment que la vente est parfaite.

» M. Jollivet pense qu'on pourrait rendre cette idée, en disant

Digitized by Google

» que le vendeur *est responsable* jusqu'à ce que la marchandise » ait été pesée ou mesurée.

» M. Treilhard dit qu'il suffit d'excepter de l'article le cas où » la vente est faite en bloc. M. Muraire observe que l'article 5 » pourvoit à ce cas. M. Tronchet dit qu'il est inutile de changer » la rédaction, parce que l'article 2 (1583) explique comment » une vente devient parfaite.

» Le principe de l'article est adopté et renvoyé à la section » pour le rédiger conformément aux distinctions qui ont été » faites, et l'article 5 est adopté sans observation. »

Nous avons cru devoir reproduire en entier cette discussion, de laquelle M. Troplong a tiré cette conséquence que, suivant M. Cambacérès, le risque suivait la propriété, que dans l'article 4 (1585) on n'est pas soumis à la règle posée par l'article 2 (1583), et que le risque incombe sur le vendeur, *parce qu'il est propriétaire* et que *la vente n'a pas opéré de translation de propriété !*

12. Sur nous, la lecture de la séance a produit une impression bien différente. Au commencement, mouvement général de répulsion contre la généralité du texte. Un peu plus tard, M. Cambacérès dit que le but de l'article est de décider que le risque ne sera *à la charge de l'acquéreur* qu'après le mesurage, s'il ne s'agit que d'une vente partielle, et par là même il demande implicitement à M. Treilhard s'il en doit être autrement quand la vente de la totalité du magasin est faite à la mesure. — Au lieu de répondre à cette question, M. Treilhard cherche une conciliation entre les deux opinions sur le moment de perfection du contrat, qu'il place au temps du contrat pour la vente à la mesure de la totalité, au temps du mesurage pour la vente partielle, quoiqu'en ait dit le consul. » — Ici le procès-verbal porte : *Le consul partage cette opinion !.....* Et l'on peut à bon droit soupçonner une erreur dans le procès-verbal, quand on remarque que M. Cambacérès venait de dire le contraire, et que M. Treilhard avait qualifié *d'exacte* l'opinion de M. Cambacérès, ou du moins il faut dire que l'un et l'autre parlaient de l'opinion existante sous le droit précédent et non du droit qu'on allait établir. En effet, M. Cambacérès et M. Treilhard savaient également que sous l'ancien droit il n'y avait pas perfection du contrat, *si id quod venierit non apparuisset quid, quali, quantumve fuisset ;* mais ce n'était pas la question sou-

Digitized by Google

mise au Conseil; en conséquence, pour le second consul qui présidait la séance et dirigeait la discussion, les distinctions importaient peu. Ce qui importait alors, selon lui, c'était, nonobstant l'axiome *res perit domino*, lequel pesait tout entier sur les ventes à la mesure comme sur les autres d'après l'article 2 du projet (1583), de soustraire à la puissance de cet axiome les choses vendues à la mesure dans les cas prévus par l'article 4 (1585), et d'en mettre les risques à la charge du vendeur, malgré la perfection de la vente dans l'intervalle de la vente au mesurage. Or, puisqu'il s'agissait de faire une exception à la règle *res perit domino*, le consul pensait donc que, conformément à l'article 1583, l'acheteur était propriétaire du jour de la vente.

13. A la séance du 12 pluviôse an XII, l'article 4 (1583) est reproduit sous cette forme : « Lorsque des marchandises ne » sont pas vendues en bloc, mais au poids, au compte ou à la » mesure, la vente *n'est parfaite qu'après* que les marchandises » ont été pesées, comptées ou mesurées; » et l'article 5 (1584) demeure ce qu'il était auparavant : « La disposition de l'article » précédent n'a point lieu si les marchandises ont été vendues » en bloc. » — Le titre est communiqué officieusement à la section de législation du Tribunat, qui sent bien qu'avec l'expression « *n'est parfaite qu'après*, » on a détruit le lien de la convention, demande une modification essentielle et fait l'observation suivante :

« Cet article, tel qu'il est rédigé dans le projet de loi, peut » donner lieu à une grande difficulté. On peut en conclure que, » dans le cas qui y est prévu, *il n'y a pas même de vente*, en » sorte que l'acheteur n'aurait pas le droit de forcer le vendeur » à l'exécution de son engagement. Cependant cet engagement » existe, et le vendeur peut toujours être obligé à délivrer la » chose vendue, ou, s'il ne le peut pas, aux dommages-intérêts.

» LE SEUL EFFET que doive produire la circonstance énoncée » dans l'article est, que *n'y ayant pas d'accomplissement de la* » *vente*, QUOIQUE LA VENTE EXISTE, les risques que courent les » choses vendues sont, DANS CE CAS PARTICULIER, à la charge de » l'acheteur jusqu'au pesage, au comptage ou au mesurage.

» La section croit qu'il est à propos d'exprimer clairement » TOUTE LA PENSÉE du législateur, en concevant cet article ainsi » qu'il suit : Lorsque des marchandises ne sont pas vendues

Digitized by Google

» en bloc, mais au poids, au compte ou à la mesure, *la vente* » *n'est point parfaite*, EN CE SENS que les choses vendues sont *aux* » *risques du vendeur*, jusqu'à ce qu'elles soient pesées, comptées » ou mesurées; mais l'acheteur peut en demander ou la déli- » vrance ou des dommages-intérêts, s'il y a lieu, en cas d'exé- » cution de l'engagement. »

Cette rédaction a, depuis, passé tout entière dans l'article 1585 du Code civil. Le Tribunat avait adopté l'article suivant par son silence.

14. Or, au sujet de cette observation du Tribunat, M. Troplong dit que « la pensée du Tribunat n'était pas de faire décider » que la propriété était transférée, car le Tribunat convenait » qu'il n'y avait pas *accomplissement de la vente;* mais il vou- » lait qu'on ne pût abuser des termes de l'article pour dire que » la vente n'existait pas, et que le vendeur ne pût se dégager. »

Nous accordons que le but du Tribunat était qu'on ne pût abuser des termes « *la vente n'est parfaite qu'après.....* » Nous accordons que la pensée du Tribunat n'était pas de faire décider si la propriété était transférée ou non, parce que l'article 1583 avait statué sur le cas où la translation de propriété s'était opérée entre les parties par le consentement, quoique la chose ne fût pas livrée ni le prix fixé..... Mais de là il ne suit pas du tout que le Tribunat ait pensé ni exprimé que, dans le cas particulier, la vente fût une vente imparfaite. Les mots « *qu'il n'y* » *avait pas accomplissement de la vente* » n'ont pas cette portée; et les mots *accomplissement* et *perfection* ne sont pas toujours synonymes. Une chose est *parfaite* quand elle a toutes les qualités nécessaires à son existence; une chose est *accomplie* quand elle joint aux qualités nécessaires pour qu'elle existe les qualités accessoires dont elle est susceptible. Une vente est parfaite quand on est d'accord sur la chose et sur le prix; une vente est accomplie quand elle est exécutée par la délivrance.

Ainsi, contre la doctrine de M. Pardessus et de la Cour de cassation, on ne peut rien induire ni de la discussion au Conseil d'État, ni des observations du Tribunat. Aucun de ces deux corps n'a voulu retarder entre les parties, jusqu'au mesurage, l'impression de la propriété sur la tête de l'acheteur, ils ont voulu seulement épargner les risques à l'acheteur, jusqu'à l'accomplissement de la vente par la délivrance. La preuve en est dans ces mots de M. Jollivet : « le vendeur est responsable, » et

Digitized by Google

dans ces mots du Tribunat : « *le seul effet..... quoique la vente* » *existe..... dans ce cas particulier.* »

15. Mais M. Troplong a certainement pu citer, comme étant d'une opinion conforme à la sienne, 1° M. Faure, dans son rapport au Tribunat, et 2° M. Grenier, dans son discours, comme orateur du Tribunat, devant le Corps législatif[1]. Cepen-

[1] Il est utile aux lecteurs d'avoir, pour ainsi dire, les pièces sous les yeux, dans une question théorique où la Cour de cassation diffère d'opinion avec M. Troplong, qui, page 118, reproche à la Cour d'avoir oublié une vérité.

RAPPORT DE M. FAURE AU TRIBUNAT

sur la communication officielle faite par le gouvernement.

« Comme c'est l'intention des parties qui détermine l'époque où leurs obli-
» gations respectives commencent, de même que l'étendue de ces obligations,
» il faut, par exemple, lorsqu'il s'agit de vente de marchandises, examiner
» si elles ont été vendues en bloc, ou si elles l'ont été au poids, au compte
» ou à la mesure.

» Dans le premier cas, la vente est parfaite aussitôt que les parties ont
» traité. L'acheteur a reconnu implicitement qu'il consentait à les prendre,
» sans autre vérification : c'est un risque qu'il veut bien courir. S'il y a
» plus qu'il n'espérait, il en profitera; s'il y a moins, il en supportera la
» perte. *Il devient donc propriétaire à l'instant de la vente.*

» Dans le second cas, au contraire, l'acheteur *ne peut devenir propriétaire*
» des marchandises *que lorsqu'elles* auront été pesées, comptées ou mesu-
» rées; car, jusque-là, *rien n'est déterminé;* et tant qu'il n'y a rien de dé-
» terminé, les marchandises restent aux risques du vendeur : c'est sous ce
» point de vue que la vente n'est point parfaite. Au surplus, il existe un
» engagement réel entre les parties dès le moment du contrat. De cet enga-
» gement réciproque résulte pour l'acheteur le droit de demander la livrai-
» son des marchandises en faisant la vérification convenue, et pour le ven-
» deur le droit de demander le prix de la vente en offrant d'en faire la
» livraison.

» Toutes ces réflexions s'appliquent aux objets qu'on est dans l'usage de
» goûter ou d'essayer. »

DISCOURS DE M. GRENIER AU CORPS LÉGISLATIF,

prononcé au nom du Tribunat.

« Voilà le principe général. Le consentement seul donne l'essence à la
» vente, et emporte transmission de la propriété.

» Une exception à ce principe est consignée dans l'article 1585, qui est ainsi
» conçu : « Lorsque des marchandises ne sont pas vendues en bloc, mais
» au poids, au compte ou à la mesure, la quantité n'est point parfaite en ce
» sens que les choses vendues sont aux risques du vendeur, jusqu'à ce qu'elles
» soient pesées, comptées ou mesurées. Mais l'acheteur peut en demander ou

Digitized by Google

dant on avouera que lorsque le texte de la loi est clair, la solution ne doit pas se chercher dans l'opinion personnelle qu'ont pu professer MM. Faure et Grenier. Il s'agit de savoir si leur opinion est vraie sous le Code civil. — Et nous croyons que ces deux orateurs du Tribunat se sont trompés, soit parce qu'ils ont considéré la vente à la mesure comme une vente conditionnelle, dans le même sens que la vente à l'arbitrage d'un tiers, la vente des choses qui doivent être goûtées et agréées ou les ventes à l'essai (*voir la fin de l'extrait du rapport de M. Faure*),

» la délivrance, ou des dommages et intérêts, s'il y a lieu, en cas d'inexé-
» cution de l'engagement. »

» Ce dernier article est une suite évidente de la distinction que j'ai déjà
» faite.

» Des marchandises sont-elles vendues en bloc? la vente est dès lors par-
» faite (art. 1586). Ce cas rentre dans les principes généraux du contrat de
» vente. La perte ou les accidents que ces marchandises pourraient éprou-
» ver concernent l'acheteur qui en est devenu propriétaire.

» Mais dans le cas différent prévu dans l'article 1585, il n'y aurait de vente
» accomplie et consommée qu'après la pesée, le compte ou le mesurage de
» la totalité de ce qui aurait été vendu, ou de la partie qui aurait été pesée,
» comptée ou mesurée. Jusque-là la perte ou les accidents seraient à la charge
» du vendeur.

» Par la même raison, si, avant l'une ou l'autre de ces opérations, selon
» que les objets vendus en seraient susceptibles, le vendeur les revendait
» et les délivrait à un tiers, celui-ci en aurait la propriété exclusivement au
» premier acheteur, en faveur duquel il n'y aurait point eu de transmission
» de propriété.

» Mais il est toujours juste que dans ce dernier cas, ou si le vendeur se
» trouvait par toute autre raison dans l'impossibilité de faire la délivrance
» des objets vendus, l'acheteur ait une action en dommages et intérêts contre
» le vendeur. L'engagement qui a formé la vente ne subsiste pas moins, et
» le vendeur ne laisse pas de demeurer responsable de son inexécution.

» La disposition de cet article 1585 s'induisait seulement des dispositions
» des lois romaines; quelques auteurs en avaient ainsi développé le sens.
» L'explication claire et précise contenue dans l'article est une amélioration
» sensible.

» Cette disposition est en harmonie avec les règles établies dans la sec-
» tion 1re du chapitre II du titre du Code, concernant *les contrats ou les obli-*
» *gations conventionnelles*, qui explique en général dans quels cas les acci-
» dents arrivés à la chose vendue sont aux périls du vendeur, ou à ceux de
» l'acheteur, lorsque la délivrance ne se fait pas dans le même temps que la
» vente.

» C'est aussi par cette raison que dans le projet de loi actuel on a dû se
» renfermer dans les hypothèses qui y sont particulièrement énoncées, et
» qu'on a renvoyé pour tous les autres cas, ainsi qu'on le voit dans l'ar-
» ticle 1624, aux règles prescrites au titre que je viens de rappeler. »

Digitized by Google

soit que leur discours ait été préparé dès le temps de la rédaction officieuse, ce qu'on peut soupçonner de celui de M. Grenier.

16. On sent bien ce qu'il y a de conditionnel dans la vente à l'arbitrage d'un tiers (art. 1592), dans celle des marchandises qu'il est d'usage de goûter et d'agréer (art. 1587), et dans les ventes à l'essai (1588); mais dans la vente de *tout le blé* qui se trouve dans *tel* magasin, pour être livré dans deux mois à tant la mesure, ou de tout le vin qui est en cuve, à la charge par le vendeur d'achever la vinification, de mettre le vin en pièces et de livrer ces pièces sous deux mois à l'acquéreur, à tant par hectolitre, la raison se refuse à voir une vente sous condition suspensive. Il peut y avoir une vente sous condition résolutoire, puisque si tout périt, sans la faute du vendeur, le contrat sera résolu, et que le vendeur ne pourra pas réclamer le prix; mais le contrat de vente n'en aura pas moins été parfait *ab initio*, et, si les marchandises périssent, la vente n'aura été détruite que par un événement postérieur au contrat. S'il n'y a pas condition suspensive, ce n'est donc pas dans la condition qu'il faut placer la difficulté. Elle naît de *l'incertitude* des objets respectifs de l'obligation du vendeur et de l'acheteur, sur la chose ou sur l'étendue du prix. — Or, en droit, la chose qui fait l'objet de l'obligation est certaine dans nos espèces, aussi certaine que dans la vente en bloc : la différence seulement c'est que la quotité des mesures à livrer n'est pas encore connue; mais l'incertitude sur la quotité n'empêche pas l'objet de l'obligation d'être certain, pourvu qu'il puisse être déterminé (C. Nap., art. 1129). Or, l'objet de l'obligation du vendeur est parfaitement circonscrit et limité à tout le blé qui est dans le grenier, à tout le vin qui bout dans la cuve, ou aux quantités à prendre dans le vin ou le blé d'une cuve ou d'un grenier déterminé. Ainsi les parties sont d'accord sur la chose.

Qu'on ne dise pas que la chose peut subir des pertes, des détériorations, des déchets jusqu'à la livraison. On s'y attend, puisqu'on laisse ces pertes et ces déchets à la charge et aux risques du vendeur. Ce n'en sera pas moins la même chose diminuée en quantité par l'effet des accidents qui tiennent à sa nature; mais ce sera toujours et identiquement le blé du grenier, le vin de la cuve déterminée. La convention aura été, si l'on veut, de livrer ce qui en existera de bon, loyal et marchand, au terme fixé pour la livraison. Ce sera toujours la chose même

Digitized by Google

qui a été vendue, telle qu'elle a été comprise dans l'intention commune des parties, au temps du contrat. Et le *nondum apparet quid venierit* du droit romain paraît une subtilité bannie de notre droit par l'article 1129 du Code Napoléon.

Les parties sont-elles d'accord sur le prix? la solution est la même, puisque, quelques peu nombreuses ou quelques considérables que se trouveront les mesures de blé ou de vin, l'acheteur est tenu d'en prendre livraison à un prix fixe et invariable; et que, de son côté, le vendeur est tenu de livrer le tout ou ce qui en reste, sans en pouvoir rien distraire ni rien y ajouter : les éléments de la somme que l'acheteur devra payer sont donc complétement déterminés par le contrat. Il n'y a rien là d'indéterminé; il n'y a qu'une somme totale, inconnue tant qu'on n'a pas multiplié le nombre de mesures par le prix, mais mathématiquement déterminable au jour de l'exécution; et le *non apparet quantum venierit* du droit romain paraît aussi une subtilité incompatible avec le Code civil. Le prix est l'objet de l'obligation de l'acheteur; le *quantùm*, inconnu au temps du contrat, n'est pas pour cela incertain, puisqu'il est déterminé pour chaque mesure, et que le nombre de mesures ne dépend pas de la volonté d'une partie. L'article 1591 portant « que le prix de la » vente doit être déterminé par les parties, » doit être expliqué par l'article 1129, et entendu des cas où les éléments du prix sont fixés par les parties, de manière à ne s'y pas tromper au temps de l'exécution; et Pothier l'avait déjà dit (*Vente, n°* 23) : « Le prix qui est de l'essence du contrat de vente doit être un » prix certain et déterminé par les parties : il n'est pas néan- » moins nécessaire qu'il soit absolument déterminé; il suffit » qu'il soit tel qu'il puisse le devenir, et ne soit pas livré au » pouvoir de l'une des parties. »

Telle était l'opinion de M. Treilhard pour le cas de vente de la totalité. On doit l'étendre au cas de vente partielle; par exemple de 30 hectolitres de blé à prendre à tel prix dans tel magasin. — Ici moins d'incertitude encore. Le prix total est connu dès l'instant du contrat; — quant à la marchandise, elle est déterminée aussi, puisque le vendeur ne pourrait pas livrer les blés d'un autre magasin. Le doute ne peut naître que de ce que le magasin pouvant contenir plus de marchandises qu'il n'y en a de vendues, on ne sait pas individuellement quels blés devront être livrés. Mais qu'importe, puisqu'il s'agit de choses

Digitized by Google

fongibles, et que la détermination est telle, que le marché s'effacerait si tous les blés du magasin étaient perdus? L'extinction de la chose annulerait le contrat.

17. Aussi, disons sans hésiter que la vente à la mesure n'est conditionnelle qu'en tant que les marchandises périront, et selon la quantité de celles qui périraient par des causes indépendantes de la volonté du vendeur; que c'est justement parce que la vente n'est conditionnelle qu'en ce sens unique, que l'acheteur a le droit d'en revendiquer le prix dans la faillite du vendeur. — Il ne faut pas se laisser éblouir par cette raison de M. Grenier (Locré, vol. XIV, p. 232), « que si le vendeur re-» vendait et délivrait à un tiers les objets déjà vendus avant le » mesurage, ce tiers en aurait la propriété exclusivement au » premier acheteur, en faveur duquel il n'y aurait pas de trans-» mission de propriété. » — M. Grenier s'est trompé. Il y a eu transmission de propriété entre les parties seulement suivant l'article 1543; l'acheteur est devenu propriétaire; mais la loi sur la possession réelle des choses mobilières (C. Nap., art. 1141), et le principe qu'en fait de meubles possession vaut titre (C. Nap., art. 2279), empêchent le premier acheteur d'opposer la vente au tiers qui en a pris possession des mains du vendeur. Or, une juste fin de non-recevoir, accordée au tiers comme résultat de la possession, ne détruit pas le fait d'acquisition de propriété entre les parties. Telle est la vraie cause qui empêche la revendication aux mains du tiers; ainsi, dès que la chose n'a pas péri, l'acheteur la pourrait revendiquer aux mains du vendeur, ou revendiquer aux mains du tiers le prix non payé, parce que le marché était pur et simple entre les parties pour tout ce qui n'a pas péri. La Cour de cassation n'a donc pas dû voir, dans l'espèce, une vente conditionnelle, mais une vente parfaite sous tous les rapports autres que les risques.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

DES CIRCONSTANCES TANT AGGRAVANTES QU'ATTÉNUANTES

PROPREMENT DITES.

Par M. J. Tissot, professeur de philosophie à la Faculté des lettres de Dijon.

§ I.

SOMMAIRE.

1. Il est naturel et juste de tenir compte des circonstances d'un délit.
2. Tout délit est déterminé; fausseté du principe de Dracon.
3. Marche de l'esprit humain dans la théorie des circonstances.
4. Leur importance en doctrine plutôt qu'en législation, mais dans l'intérêt d'une saine application de la loi.
5. Les circonstances portent moins sur l'imputabilité que sur le degré de liberté et d'intelligence.
6. Les circonstances aggravantes ne vont point jusqu'à changer la nature, l'espèce du délit, ni par conséquent la nature de la peine; autrement elles ne seraient plus des circonstances proprement dites, mais bien des caractères essentiels et constitutifs d'une espèce particulière de délit.
7. Distinguer aussi les circonstances aggravantes d'avec un délit conjoint.
8. Conséquences dans l'application des peines.
9. Inconvénient à ce que le même juge prononce sur le fait et sur le droit.
10. Énumération des points de vue sous lesquels on peut étudier les circonstances qui militent pour ou contre un délinquant.
11. Premier chef : Conduite de l'inculpé dans l'information et la poursuite du délit.
12. Deuxième chef : État personnel de l'accusé.
13. Troisième chef : Motifs du délit.
14. Quatrième chef : Nature du mal commis, son degré.
15. Cinquième chef : Temps et lieux.
16. Sixième chef : Manière dont le crime a été commis.
17. Septième chef : Rapports entre l'offensé et l'offensant.
18. Huitième chef : Danger probable pour l'avenir.
19. Combien de sortes de circonstances étaient admises par le droit romain.
20. Le droit canon ne pouvait manquer de les admettre.
21. L'ancienne législation européenne laissait beaucoup plus à désirer que la doctrine relativement aux circonstances : c'est que les lois sont déjà de l'application.
22. Les lois modernes sont généralement plus judicieuses et plus précises à cet égard.
23. Essai d'une définition des circonstances, tirée des considérations qui précèdent, particulièrement des réflexions qui se rattachent au n° 6.
24. Conséquences pratiques.

Il n'y a pas, à proprement parler, de degré dans l'imputabilité : un acte est volontaire ou il ne l'est pas. Mais il peut être

Digitized by Google

plus ou moins réfléchi, plus ou moins délibéré, plus ou moins libre. Il ne s'agit pas ici de subtiliser pour savoir si la liberté n'est pas absolue ou si elle a des degrés. Elle est absolue quant à son essence; mais la conscience universelle distingue la volonté délibérée de la volonté spontanée et de la volonté aveugle ou comme emportée par une force soudaine, par la peur d'un immense péril ou par le ressentiment d'un sanglant outrage. Il y a volonté encore dans ces sortes d'emportement; mais y a-t-il liberté, et jusqu'à quel point?

Les circonstances aggravantes ne sont que des accessoires du délit; elles n'en changent pas la nature. Elles ne peuvent donc motiver une peine différente de celle qui est édictée par la loi; elles peuvent la provoquer dans toute sa rigueur, il est vrai, mais elles ne doivent pas en motiver une aggravation arbitraire. Le législateur lui-même se montrerait passionné en imaginant des peines accessoires pour des circonstances purement aggravantes.

Il ne faut point confondre les circonstances aggravantes d'un délit avec un délit conjoint : dans le premier cas il n'y a toujours qu'un délit, dans le second il y en a deux ou un plus grand nombre. Le législateur peut donc appliquer ici deux peines, une peine principale et une peine accessoire, ou une seule peine d'un ordre supérieur; là, au contraire, il ne peut en appliquer qu'une seule, soit à son degré maximum, soit à un degré inférieur [1].

Le juge ne doit donc pas avoir la faculté d'élever la peine d'un ou de plusieurs degrés pour circonstances aggravantes; il sortirait de l'espèce. C'était pourtant l'avis de quelques jurisconsultes du XVIe siècle; mais alors les peines étaient arbitraires dans leur application aux délits [2]. Cette faculté allait si loin, que la peine de mort pouvait être prononcée, quoiqu'elle

[1] Le Code suédois, ch. 6, § 11, décide cependant que si l'action renferme plusieurs crimes, la peine encourue par le plus grand sera seule appliquée, et que les autres crimes seront regardés comme circonstances aggravantes. Dans le § 12, il est dit, au contraire, que l'infraction de plusieurs lois par une même action est passible de toutes les peines portées contre ces crimes toutes les fois qu'elles pourront être réunies. — V. aussi le Code du canton de Vaud.

[2] FARINACIUS, qu. 17, n°s 34 et suiv. — MENOCHIUS, *De arbitr. quæst. casu* 86.

Digitized by Google

n'eût pas été portée par la loi. Nous devons dire, toutefois, que cette opinion n'était pas unanime [1].

Si c'est un défaut de trop abandonner à l'arbitraire du juge, c'en est un autre de ne pas lui laisser assez.

En vain, du reste, le législateur cherche à tout prévoir et à tout régler, à déterminer par conséquent les différents degrés de culpabilité dans un même délit, et à choisir un degré de peine correspondant; toujours les faits échapperont par quelque côté à ce cadre tracé à l'avance. Ce cadre fût-il aussi accompli que possible, et le Code eût-il distingué avec une parfaite sagesse, si c'est le même juge qui apprécie le fait et qui porte la sentence, il pourra toujours distinguer autrement que la loi, ou ne pas distinguer du tout avec elle.

Un Code aussi détaillé à cet égard que le nouveau Code russe, fait donc une œuvre à peu près inutile, à moins qu'il ne nomme des juges pour apprécier le fait, et qu'il ne les oblige à désigner le degré précis d'indulgence ou de sévérité qu'ils reconnaissent au crime, afin par là d'enchaîner l'arbitraire du juge du droit, arbitraire contre lequel cependant toutes ces distinctions minutieuses ont été faites.

Nous venons de poser nos réserves; nous pouvons maintenant entrer en matière, et nous occuper des circonstances du délit au point de vue de la doctrine et de l'histoire.

On pourrait classer les circonstances aggravantes et atténuantes sous trois chefs, comme les circonstances péremptoires; cette classification serait même fort naturelle. Mais nous avons cru devoir en adopter une autre moins générale, et d'une application plus facile. Elle nous a d'ailleurs été suggérée par l'histoire de la doctrine et de la pratique. Elle n'est logiquement pas irréprochable, puisqu'elle n'est pas faite d'un seul point de vue, et qu'elle a un caractère tout empirique. Mais les points de vue divers sont cependant distincts, et embrassent les circonstances personnelles et autres qui déterminent le délit.

Les circonstances qui militent pour ou contre un délinquant peuvent être prises :

I. *De la manière dont le prévenu se comporte à l'égard de la justice appelée à le juger :*

1° S'il se livre lui-même, ou s'il cherche à s'échapper;

[1] *Ordonn. Caroline*, ch. 104. — JULIUS CLARUS, qu. 83, n° 11.

Digitized by Google

2° S'il est dénoncé ou livré par ceux que la nature devrait porter à le secourir dans son infortune;

3° S'il est poursuivi par un ennemi puissant;

4° Si son délit est presque oublié, effacé, expié.

II. *De l'état personnel du prévenu lors de la perpétration du crime :*

1° L'âge;

2° Le sexe;

3° L'intelligence naturelle;

4° Les talents, les services rendus, la vie passée en général, les espérances ou les craintes pour l'avenir;

5° La constitution;

6° Les passions;

7° L'éducation;

8° L'effet de l'opinion, de l'habitude, les mœurs publiques;

9° La naissance, la position de famille, de société, de fortune.

III. *Des motifs de l'action :*

1° La bonne ou la mauvaise foi;

2° La bonne intention;

3° Les bons sentiments, une juste indignation;

4° La négligence ou la paresse;

5° Le besoin, la nécessité;

IV. *De la nature du mal commis et de son degré :*

1° Si c'est un mal en soi, ou un mal relatif;

2° Si c'est un malheur plutôt qu'une méchanceté;

3° Si le préjudice occasionné a été moindre ou plus grand en lui-même qu'on ne pouvait prévoir;

4° Si les suites en ont été bonnes ou mauvaises pour celui qui devait naturellement en souffrir;

5° La nature et l'étendue des conséquences pour l'ordre public.

V. *Des temps et des lieux.*

VI. *De la manière dont le crime a été commis.*

VII. *Des rapports du prévenu avec la personne qui souffre du délit :*

1° Parenté;

2° Tutelle;

3° Amitié;

4° Domesticité;

5° Subordination hiérarchique;

Digitized by Google

6° Force d'un côté, faiblesse de l'autre [1].

VIII. *Du danger probable pour l'avenir* [2].

[1] On peut voir d'autres classifications dans les criminalistes, particulièrement dans JOUSSE, t. II, p. 601-639; dans MUYART DE VOUGLANS, 19-25, 26-35, 37-49; PASTORET, *Lois pénales*, 3e partie. Voici un extrait de celle de Muyart de Vouglans :

Il faut distinguer entre les causes qui font excuser le crime, et celles qui en font modérer la peine.

Les causes de cette dernière espèce sont de trois sortes :

1° Celles qui accompagnent le crime :

A. État de l'accusé lors du crime :

a) Agitation d'une passion violente;

b) Ivresse extrême;

c) Fougue de la jeunesse;

d) Extrême vieillesse;

e) Fragilité du sexe;

f) Rusticité et inexpérience.

B. Motifs qui ont porté au crime :

a) Affection naturelle;

b) Crainte révérentielle;

c) Commisération.

C. Manière dont le crime a été commis.

2° Celles qui ont précédé le crime :

a) Bonne conduite de l'accusé;

b) Ses talents distingués;

c) Services par lui rendus à la patrie;

d) Noblesse d'extraction.

3° Celles qui ont suivi le crime :

a) Événement heureux du crime;

b) Prompt repentir de l'accusé;

c) Confession libre et volontaire avant la poursuite;

d) Laps de temps considérable depuis l'accusation;

e) Longue détention dans la prison;

f) Multitude de délinquants.

Muyart de Vouglans, p. 41-44. Voir, de plus, le tableau donné précédemment.

L'auteur du *Miroir de justice* distribuait déjà en sept classes les circonstances du délit, suivant en cela le droit romain à très-peu près, qui se réglait lui-même à cet égard, selon toute apparence, sur la division de cette classe de lieux communs extrinsèques appelés circonstances par les rhéteurs : « Et coment, que l'on pesche en fait ou en dit, en tout judgements sur personnall actions sont sept chose à peiser en ballance de saincte conscience; c'est à savoir : 1. la cause, 2. le person, 3. le lieu, 4. le temps, 5. le qualitié, 6. le quantitié, 7. le fine. » (*Miroir des justices*, c. 4, sect. 13.—HOUART, *Traité sur les coutumes anglo-normandes* (du XIe au XIVe siècle), 4 vol. in-4°. Paris, 1766, t. IV, p. 651-652.)

[2] Comparez ce que BENTHAM dit de l'alarme, de son étendue et de son degré, *Législation civile et pénale*, t. II, première partie.

Digitized by Google

La tentative, la récidive, la complicité pourraient aussi figurer à certains égards dans la liste des circonstances qui modifient le délit; mais ces trois points de vue sont trop importants pour n'être pas l'objet d'une étude à part. Il en est de même de plusieurs autres que nous avons déjà examinées dans le chapitre précédent. Nous allons donc reprendre les différentes classes de circonstances que nous avons indiquées plus haut; elles méritent quelques réflexions.

I. Un malfaiteur qui *accepte* franchement *les conséquences de sa faute*, qui ne cherche point à se soustraire à l'action de la justice, qui va de lui-même au-devant tout en se jugeant coupable, peut le faire ou par une sorte d'audace et de scélératesse rare, peut-être sans exemple, ou par l'espoir d'en finir avec la vie à l'aide du bourreau, ou par un sentiment de justice.

Dans le premier cas, il y a une certaine grandeur d'âme capable d'inspirer une sorte d'effroi mêlé d'une espèce d'admiration. — Dans le second, la perversité est moins grande que si le délit avait été commis par des vues d'un intérêt plus ordinaire, et moins suspect d'égarement dans la pensée. — Dans le troisième, il y a un repentir, qui n'est pas une raison de droit, je le sais, mais qui n'en décèle pas moins une bonne nature morale, et qui est propre à rassurer sur l'avenir du coupable. Aussi la loi chinoise en fait-elle un cas d'excuse et quelquefois de pardon[1].

Le *repentir* qui suivait le délit, fût-il allé jusqu'à la restitution, en cas de vol, jusqu'à la réparation du mal causé, n'était pas généralement regardé par les criminalistes anciens comme digne d'excuse; il fallait, pour qu'il eût droit à cette faveur, qu'il eût empêché la consommation du crime; encore survenait-il alors inutilement pour le coupable dans les crimes de lèse-majesté, d'assassinat et de suicide. Jurisprudence aussi inhumaine qu'imprudente.

C'est une présomption de repentir ou de sincérité estimable que l'*aveu* du crime, de ses motifs et de ses circonstances. Il n'est pas nécessaire, pour faire un pareil aveu, d'avoir perdu l'esprit, comme le supposaient Quintilien et des criminalistes du dernier siècle; il suffit, au contraire, de n'avoir pas perdu

[1] *Code pénal*, I, p. 57 et suiv. — Il en est de même de la réparation spontanée du mal commis, *ibid.*

Digitized by Google

le sentiment de la justice ou de l'avoir recouvré. On éprouve quelque peine en voyant des jurisconsultes, philosophes ou chrétiens, méconnaître la nature morale de l'homme au point d'attribuer à l'égarement de l'esprit, et de faire à ce titre seul une raison d'excuse, de ce qui peut n'être dû qu'à la délicatesse de la conscience[1].

Il est plus naturel de ne pas condamner sur son aveu seulement celui qui se dénonce; non pas, il est vrai, parce qu'il y aurait dans cet aveu une sorte de folie, mais parce que le coupable s'offre à réparer le mal qu'il a fait si ce mal est réparable, et parce qu'il peut agir par des raisons de dévouement, ou même par des raisons d'égoïsme, telles que le désir de se faire emprisonner, en appelant sur sa tête la peine d'un délit qu'il n'a pas commis.

L'ardeur dans la plainte de la part d'un adversaire puissant, pour un délit de peu de gravité, surtout si ce délit est puni sévèrement par la loi, et s'il arrive assez fréquemment que celui qui aurait à s'en plaindre garde le silence, comme dans le vol de peu de valeur commis par un domestique; cette impitoyable sévérité fait naturellement prendre en pitié celui qui en est l'objet, alors encore qu'il ne serait pas très-digne d'intérêt par lui-même.

On éprouve quelque chose d'analogue quand on voit un fils poursuivi par son père, une femme par son mari, lors surtout que c'est le fils et la femme qui se font dénonciateurs. Les anciens jurisconsultes n'étaient pas indifférents en présence de ces duretés contre nature[2].

L'accusé inspire plus d'intérêt encore lorsque le droit de poursuivre est celui de tout le monde, comme à Rome, et que celui qui l'exerce est mû par des passions personnelles bien plus que par l'amour du bien public. Cet intérêt devrait naturellement s'accroître de toute l'injustice attachée à la poursuite, soit parce que le délit ne serait que l'œuvre d'une loi tyrannique, soit parce que les formes légales auraient été violées; parce

[1] Jousse, II, 635, et les lois qu'il cite : L. 1, *Cod. De his qui se deferunt;* L. 13, *in principio*, D., *De jure fisci*, et plusieurs coutumes. — La loi *athénienne* voulait que la peine fût réduite toutes les fois qu'il y avait confession de la faute avant le jugement. — Démosth., *in* Timocr., p. 454.

[2] L. *Milites agrum*, § *Desertorem*, D., *De re militari.* — Farin., qu. 98, nos 164 et suiv. — Jul. Clar., qu. 60, n° 29.

Digitized by Google

que des témoins auraient été subornés; parce qu'un accusateur puissant voudrait perdre un citoyen faible, mais qui, dans d'autres circonstances, n'aurait pas été favorable aux projets ambitieux de son accusateur.

Celui dont le délit est resté longtemps ignoré, ou qui a été longtemps sans en être présumé l'auteur, alors surtout que sa conduite a été irréprochable depuis; alors encore qu'il a réparé spontanément le mal qu'il avait commis, ou qu'il a transigé avec l'offensé, ou qu'il n'a fait, par son délit, que tirer vengeance de celui qu'il avait souffert lui ou les siens; alors enfin qu'il a expié par l'exil ou par une longue détention préventive une partie de sa faute : celui-là, disons-nous, n'est pas sans titre à l'indulgence. Celle de toutes ces positions diverses qui en mérite le moins, la première, n'en est cependant pas tout à fait indigne, par la raison que le coupable est rarement sans inquiétude après son forfait, et que, d'un autre côté, plus un crime est éloigné, moins l'intérêt général souffre de son impunité, moins la conscience publique en est révoltée, moins l'exemplarité de la peine est efficace.

C'est sans doute par ces considérations que la poursuite d'un délit a pu être prescrite au bout d'un certain temps. Nous traiterons plus tard de la prescription en droit criminel [1].

II. Nous avons déjà parlé de l'indulgence attachée à la faiblesse de l'âge. D'après le droit des Assises de Jérusalem, les mineurs de quinze ans devaient être corrigés par les parents ou par le vicomte, s'ils étaient dans l'habitude de quereller et de battre. Il n'y avait pas de responsabilité civile au-dessous de cet âge [2].

La faiblesse du sexe a aussi ses droits; les femmes ont toujours été punies moins sévèrement que les hommes chez tous les peuples civilisés, excepté pour cause d'adultère ou d'autres délits contraires à la pudeur [3]. Si ce n'est pas là l'unique vertu

[1] FARIN., qu. 10, nos 84, 85. — JUL. CLAR., qu. 60, n° 32.

[2] Ch. 24.

[3] L. *Quidquid*, § *ad filias, Cod. ad leg. Jul. maj.*; L. *fin., Cod. De jur. et fact. ignor.*; L. *Si adulterium.*, § 1 et seqq., D., *ad leg. Jul. De adult.*

« La feme ne prent que demy loi, par droit et par l'assise. » (*Assises de Jérusalem*, c. 257.) — A d'autres égards, non compris l'adultère, les législateurs sont loin d'avoir toujours été galants et même équitables à l'égard des femmes : ainsi la loi hongroise permettait au mari d'accuser sa femme de vol, et de la citer pour ce fait devant les tribunaux; la femme n'avait

Digitized by Google

que les hommes demandent des femmes, c'est au moins la première. N'y aurait-il pas un peu de passion et d'égoïsme dans cette exigence?

C'est au nom de la pudeur encore et des vertus qui s'y rattachent, qu'il faut expliquer certaines lois romaines du temps de la république, ou certains usages fort sévères à l'endroit des femmes, par exemple la loi de Romulus qui permettait au mari de tuer sa femme pour avoir bu du vin, pour s'être rendue coupable d'adultère. A Milet, à Marseille, le vin était pareillement défendu aux femmes. Sulpitius Gallus répudia la sienne pour être sortie sans voile; Sempronius en fit autant parce qu'à son insu sa femme avait assisté à un spectacle [1].

Mais cette dureté du législateur envers le sexe n'est pas universelle, même chez les Barbares. On connaît le respect des Germains et des Gaulois pour les femmes.

Par la loi des Thuringiens [2], une femme accusée d'adultère n'était condamnée à l'épreuve par l'eau bouillante que lorsqu'il ne se présentait point de champion pour elle; ce qui arrivait rarement [3]. La loi des Ripuaires [4] n'admet cette preuve qu'à défaut de témoignage justificatif [5].

Nos anciennes lois pénales exemptaient les femmes des supplices de l'écartèlement, de la roue, des galères et du bannissement [6]. La décence ou le respect de l'opinion a pu avoir plus de part encore à ces ménagements que la justice et la pitié. La question et la flagellation avaient pu leur être épargnées au même titre, ou *propter reverentiam sexus*, si cette raison était effectivement la véritable. L'exposition, la peine de mort, les peines perpétuelles nous semblent aussi abusives contre les femmes.

L'ignorance grossière du coupable peut plaider en sa faveur. Il y a des intelligences épaisses qui sont à peine ouvertes aux notions morales, et qui ont bien peu d'empire sur une volonté

pas le même droit contre son mari. (MACIEIOWSKI, *Slavische Rechtsgesch.*, etc., t. IV, p. 327.)

[1] VALER. MAX., VI, 3. — ÆLIAN., *Hist. vari.*, II, 38.

[2] Tit. 14.

[3] V. BEAUMANOIR, *Coutume de Beauvoisis*, ch. 41. — Lois des Angles, ch. 14.

[4] Ch. 31, § 5.

[5] MONTESQUIEU, *Esprit des lois*, XXVIII, 17.

[6] V. MUY. DE VOUGLANS, titre des peines. — JOUSSE, I, p. 41.

Digitized by Google

d'ailleurs stimulée par le besoin ou des appétits sensuels. Cette sorte d'ignorance est la grossièreté, *rusticitas*, des jurisconsultes romains[1].

Cette espèce d'hébétude à degrés indéfinis, depuis l'idiotie ou l'imbécillité absolue jusqu'à l'intelligence commune du bien et du mal, est un titre d'excuse, sinon du justification, dans les cas même où l'évidence du délit est frappante, c'est-à-dire dans les questions uniformément résolues par le sens commun, et où les jurisconsultes n'admettent pas d'excuses péremptoires.

Il y a un autre genre d'ignorance qui tient moins au défaut d'intelligence qu'à celui d'une instruction positive. Celle-là n'excuse que dans les cas où le délit n'est pas un manquement à la loi naturelle. Encore faut-il que celui qui l'allègue prouve qu'il ne pouvait pas connaître la loi positive par lui violée, et qu'ainsi la présomption commune, que « nul n'est censé ignorer la loi, » ne pouvait l'atteindre.

Si les faits incriminés sont des faits d'inadvertance, de négligence, d'inattention, en général des faits que le législateur est obligé de réprimer pour garantir plus sûrement des droits considérables qui, autrement, seraient trop exposés, la présomption d'ignorance ne peut jamais excuser complétement. L'intention criminelle n'est pas rigoureusement exigée lorsqu'il s'agit des délits de police, délits que la loi regarde moins comme des délits en soi, que comme des actes qui peuvent occasionner un grave préjudice, ou qui sont contraires à l'intérêt public, quoique cette atteinte n'ait rien de manifeste[2].

Le mérite intrinsèque d'un individu, son mérite relatif, les services par lui rendus à sa famille, à son pays, ceux qu'on peut encore en attendre, sont aussi des raisons qui parlent en sa faveur[3].

La constitution du coupable, rapprochée de la nature et des

[1] L. *Si quis id quod*, § 1, D., *De jurisdict.*

[2] RAUTER, *Traité du droit crim.*, I, p. 157 et suiv.

[3] En Chine, on punissait moins sévèrement le fils qui devait être utile à ses parents, excepté dans les cas très-graves. — Les fils des veuves qui ont gardé la viduité, les chefs des anciennes familles qui n'ont pas d'autres héritiers, les descendants des grands hommes ou des citoyens illustres qui ont mérité des titres honorifiques en récompense de leurs services ou de leurs bons exemples, ainsi que les fils et les petits-fils des grands mandarins qui se sont toujours distingués dans leurs emplois, sont laissés à la clémence paternelle du prince. *Mém. concernant les Chinois*, t. IV, p. 157.

Digitized by Google

circonstances du délit, est aussi parfois une raison d'excuse. Une impressionnabilité excessive, un extrême penchant à la défiance, la susceptibilité, l'humeur chagrine et misanthrope, etc., sont des dispositions constitutionnelles involontaires qui n'excluent pas la liberté, il est vrai, mais qui l'affaiblissent, et qui troublent ou tendent à troubler le jugement.

Les passions proviennent en grande partie de la constitution; elles en sont des effets, que la liberté aidée de l'éducation ne parvient pas toujours à surmonter. Les tempéraments bilieux sont, par exemple, plus portés à l'ambition, au ressentiment et à la vengeance; les constitutions sanguines le sont davantage au plaisir.

Quoiqu'on ait dit avec une apparence de sagesse que ce n'est point la colère qui excuse, mais son juste motif [1], cela n'est vrai que pour les faits justificatifs, pour les excuses péremptoires. La justice du motif rend les moyens légitimes, lors surtout qu'ils sont proportionnés à la fin qu'on avait le droit d'atteindre, et qu'ils sont ou reconnus par la loi, ou abandonnés à la conscience publique et à celle des juges. Ainsi celui qui, dans un mouvement de colère, repoussant une attaque soudaine, sérieuse, défendant sa vie qu'il croit en péril, tue son agresseur, celui-là n'est point coupable : le motif de sa colère la légitime. Il a si peu besoin d'excuse, qu'ici la colère est superflue; il aurait tué de sang-froid son agresseur, s'il n'avait pas cru pouvoir autrement sauver sa vie propre, qu'il ne serait pas moins irréprochable.

La colère et les autres passions ne peuvent donc, à proprement parler, servir d'excuse qu'autant que l'excuse est nécessaire; c'est-à-dire précisément lorsqu'on en a besoin, parce que le délit commis est bien un délit formel encore. Ainsi, le mari outragé qui surprend sa femme en flagrant délit, surtout s'il est prévenu et qu'il cherche à constater son infortune, s'il venge lui-même son honneur, commet une véritable faute; il est réellement punissable, puisqu'il y a des lois protectrices, des magistrats préposés pour les faire exécuter, et qu'il n'est point dans la nécessité de se faire droit à lui-même, bien moins encore dans celle de se défendre. Les meurtres commis dans de semblables occasions ne sont donc pas justifiables, mais excusables seule-

[1] Farinacius, quæst. 91, n° 13.

Digitized by Google

ment; ils devraient être punis, mais beaucoup moins sévèrement que des meurtres ordinaires. Ils devraient l'être non-seulement par la raison qu'on vient d'alléguer, mais encore parce que l'infidélité d'une femme, la séduction qui en est la cause, ne sont pas des crimes qui méritent naturellement la peine de mort. Toute société qui laisse faire en pareil cas, devient donc un peu complice de cet acte d'atroce barbarie.

Cela posé, reconnaissons avec la loi romaine [1] que tout ce qui se fait ou se dit dans l'emportement de la colère ne doit être regardé comme parfaitement voulu qu'autant qu'on y persévère de sang-froid.

Nous n'irons cependant pas jusqu'à dire avec Horace que la colère n'est qu'un délire de peu d'instants; il n'y a point là similitude, mais analogie seulement. On ne peut donc regarder l'emportement, quel qu'en soit le degré, comme une excuse légale et péremptoire, par la raison que nous sommes plus libres d'éviter les occasions de la colère, ou de comprimer ce mouvement à sa naissance, ou de le réprimer dans son excès, que nous ne le sommes de tomber en démence ou d'en sortir. Nous sommes aussi plus libres de nos actes dans l'emportement que dans l'état d'aliénation. Enfin notre jugement n'est que séduit et non point perverti par la passion, tandis qu'il est nul ou désordonné dans la folie.

Les jurisconsultes veulent encore, pour que la colère soit une excuse, que le motif en soit grave, qu'elle soit violente, qu'elle soit rapprochée de l'instant où elle s'est allumée, et que le crime ait suivi de près [2]. Tout cela est juste sans doute; mais il ne l'est pas moins de remarquer aussi qu'il y a des colères contenues et dont l'explosion ne précède pas le crime; qu'il y a dans la cause de la colère un point de vue personnel ou relatif qui dépend soit de la position particulière du sujet, de son tour d'esprit, soit de son irascibilité propre. C'est un malheur de plus d'être porté à prendre ombrage de tout et à s'exaspérer pour rien; et ce malheur doit aussi être pris en considération. Une personne ainsi faite aura plus de peine à se contenir pour peu de chose, qu'une autre pour un sujet très-grave.

On peut dire de la douleur de l'amour, de la jalousie, des

[1] L. 48, D., *De div. reg. jur.*

[2] Muy. de Vouglans, p. 14. — Jousse, II, 614-615.

Digitized by Google

autres passions, lors surtout qu'elles n'aboutissent au crime que par la colère, ce qui vient d'être dit de cette dernière.

Les bons ou les mauvais exemples qu'on a reçus au sein de la famille, par conséquent la naissance, les sentiments qu'elle suppose, la position de la famille tout entière, la société qu'elle fréquente, la fortune dont elle jouit; toutes ces circonstances, qui contribuent si fort à former l'homme moral ou à le corrompre, parlent pour ou contre lui [1]. Il est vrai toutefois que celui qui a peu gagné à l'influence salutaire d'une famille et d'une société honnête, doit être par là même présumé d'une nature plus perverse. N'y aurait-il donc pas dans cette nature une circonstance atténuante propre à contre-balancer les circonstances aggravantes? Qu'il y ait des natures originellement meilleures ou pires que d'autres, des constitutions plus ou moins propres à se laisser imprégner de l'influence morale, c'est ce qui n'est point douteux. Cependant la présomption doit-elle être ici en faveur de l'excuse? S'il en était ainsi, que deviendrait la justice, quel rôle ferait-on jouer à la liberté et à l'intelligence? Non; si quelqu'un peut être coupable, c'est celui qui a reçu tous les secours du bon exemple, de l'éducation, de l'instruction, de l'honneur domestique; celui que n'excuse ni le besoin, ni la mauvaise compagnie, ni les mauvaises habitudes de l'enfance, ni la brutalité d'un homme resté sans éducation. C'était donc à tort que la noblesse et la dignité servaient autrefois d'excuse : ce sont là des circonstances aggravantes [2]. Ce n'est pas une raison cependant pour infliger aux coupables d'un rang supérieur des peines plus sévères qu'aux autres : s'ils sont plus coupables, ils seront aussi plus humiliés et plus sensibles aux souffrances physiques : la justice ou l'égalité se trouvera par là rétablie. C'est donc une mauvaise loi que celle qui ménage le rang dans le criminel. C'était celle des barbares, celle de nos pères; c'est encore celle de la Russie et de tous les pays de castes. Cette inégalité est frappante dans les lois de Manou [3]. Partout où une classe privilégiée a fait la loi, elle a

[1] C'est le cas de dire avec Loysel (*Instit. coutum.*, liv. VI, tit. 2, maximes 28 et 29) : « Toutefois où le noble seroit convaincu d'un vilain cas, il sera puni comme vilain. »

[2] C'est ainsi que le décide le Code de la Louisiane. V. *Revue étrangère et franç. de législ.*, t. IX, p. 698.

[3] Le droit romain avait aussi consacré cette injustice. L. 9, § 11, D., *De*

Digitized by Google

méconnu les droits de la nature humaine. Aujourd'hui même, dans les pays les plus éclairés du monde, s'il y a des esclaves, la loi tient pour eux un langage à part, et ce langage est celui de la cruauté. C'est là peut-être une conséquence forcée du système de l'esclavage, mais c'est une tache dans les codes des républiques américaines et des colonies.

C'était une autre injustice encore de ne pas étendre ce privilége à toutes les personnes élevées en dignité, telles que les prêtres, les religieux et hauts fonctionnaires [1].

Disons toutefois que ce privilége, réservé aux seuls nobles, n'était cependant pas sans exception; mais il est juste de remarquer en outre que l'orgueil de caste, plus encore que la justice, était le principe de ces restrictions [2].

Toutes choses d'ailleurs égales, la bonne éducation rend plus coupable, la mauvaise plus excusable [3]. Il faut aussi avoir égard à l'influence de l'opinion, suivant qu'elle fait un crime de ce qu'une saine instruction ne peut regarder comme tel, ou qu'au contraire elle commande ou permet ce que les lois défendent ou ordonnent. On est plus coupable quand on a tout à la fois contre soi l'opinion publique et la loi; on l'est moins évidemment quand on n'est en opposition qu'avec la loi. Toutefois, si la loi et l'opinion sont peu raisonnables, et que le délit qui leur porte atteinte soit comme une protestation contre une double tyrannie, il y a dans un pareil acte un caractère de réaction qui peut manquer de convenance et de sagesse, mais qui n'est cependant pas sans générosité ni sans grandeur.

Si un délit s'est souvent commis impunément à l'abri de l'opinion, c'est encore une raison pour être moins sévère à l'égard de celui qui croit pouvoir jouir également de l'impunité, lors surtout que le délit n'a pas de soi ce caractère.

L'entraînement de la multitude dans la perpétration d'un délit, le nombre simultané des délinquants excuse encore, quoiqu'à un moindre degré; mais il faut que ce nombre soit très-considérable, comme dans une émeute ou une révolte; s'il est

pœnis; L. 28, *eod. tit.;* L. 3, Cod., *De pœnis;* L. 6, § 2, D., *De interd. et relegat.*

[1] Jousse, II, p. 631.

[2] Jousse, *ibid.*, p. 630 et 631.

[3] C'est ainsi, nous le répétons, que M. Livingston l'a entendu dans sa rédaction du Code de la Louisiane.

Digitized by Google

petit, comme dans une association pour vol ou brigandage, le délit s'en trouve aggravé.

III. En tous cas, la bonne ou la mauvaise foi, l'ignorance ou la connaissance de ce qu'on fait, l'erreur ou le parfait discernement à propos du délit, sont autant de circonstances qui méritent d'être appréciées.

La mauvaise foi dans le mal prend le nom de dol. L'absence de la mauvaise intention (excepté en matière d'ordre public et de police), exempte de la peine, mais non de la réparation du dommage[1].

Le dol, dans une acception plus restreinte, implique l'idée de ruse et de machination dans le dessein de tromper ou de nuire[2].

La faute, si elle est exempte de mauvaise foi, n'est cependant pas irréprochable, mais elle l'est beaucoup plus que le dol. Elle a, comme le dol, des degrés qu'il est plus facile de nommer que de caractériser nettement, et plus facile de caractériser encore que de discerner avec justesse dans la pratique. La prestation des fautes a exercé depuis longtemps la sagacité des jurisconsultes. La science peut y avoir gagné quelque chose, la pratique fort peu[3]. Il s'agit, dans la gradation des fautes, de la divisibilité d'un continu; et toute question de cette nature n'a jamais rien de rigoureusement vrai. Laissons donc aux jurisconsultes leurs deux ou trois degrés de fautes comme des cases vides à peu près inutiles dans l'application, et reconnaissons que la véritable échelle ici, celle même qui servirait à estimer la faute d'après la mesure des jurisconsultes, c'est la conscience. Elle procède par approximation, en tenant un compte aussi exact que possible de circonstances diverses, nombreuses et délicates, presque aussi difficiles à énumérer qu'à décrire *à priori*, et qu'il resterait toujours à reconnaître et à juger dans la réalité. Disons seulement qu'il y a faute toutes les fois qu'une action ou une omission par imprudence, impéritie, faiblesse, négligence, porte atteinte aux droits d'autrui.

[1] Papon, liv. IV, tit. 8, n° 3. — L. *Cod. de Sicar.*; — L. *Qui injur.*, D., *De furtis*; — L. *Quod reipublicæ*, D., *De injuriis*; — L. *Cum autem*, § *Excipiuntur*, D., *De ædit. ed.*

[2] L. 1, § 1, D., *De dolo malo.*

[3] Voir, sur ce sujet, l'ouvrage de M. Hasse, *Die culpa des Rœmischen Rechts*. Kiel, 1815.

Digitized by Google

Disons encore que ce n'est qu'en droit civil, dans les contrats ou quasi-contrats, que la faute grossière est assimilée au dol, *lata culpa dolus*, à moins qu'elle n'implique le dol. Ici, en effet, en droit criminel, on n'a rien promis, on n'a point pris d'engagement auquel on ait manqué.

La faute par omission, surtout si elle n'est pas grave, mérite plus d'indulgence que la faute par commission; il est ordinairement plus naturel et plus sage de s'abstenir que d'agir.

En général, le dol ne se présume point; il faut donc que celui qui l'allègue le prouve. La faute ne se présume pas davantage, à moins qu'elle ne soit la plus indulgente des suppositions possibles, comme dans le cas d'incendie.

C'est donc la bonne foi qui est la présomption du droit. Mais cette présomption cesse dès que le délit est évidemment tel; si la loi qui le défend est connue ou justement réputée connue du délinquant; si le délit se rattache à d'autres actes dont la culpabilité subjective soit certaine ou probable; si l'auteur du délit y est reconnu sujet; s'il cherche par des mensonges à décliner la responsabilité qui le poursuit; si les précautions par lui prises accusent une intention qui se juge coupable; si le délit est accompagné de violence, de lésion grave au droit d'autrui; si les rapports de l'auteur du délit avec celui qui s'en trouve lésé étaient de nature à produire de pareilles conséquences; si l'auteur du délit avait intérêt à le commettre, et s'il l'avait seul, etc. [1].

Les circonstances contraires engendrent naturellement une présomption différente.

La bonne foi dans le mal tient à l'ignorance de ce mal. Mais l'ignorance doit elle-même pouvoir se justifier; autrement elle n'excuse pas ou elle excuse moins.

L'ignorance en matière de délit est déjà une erreur; on peut dire cependant qu'il y a cette différence entre ces deux choses, que l'ignorance a lieu lorsqu'on ne croit point faire de mal, et l'erreur lorsqu'on croit faire un bien. Il y a la différence du négatif au positif.

Il en est de même de la bonne foi et de la bonne intention : la première est négative, elle n'est pas mauvaise; la seconde est positive, elle est bonne.

[1] Farinacius, quæst. 89, nos 74, 75, 77, 81, 98, 104, 127, 130, 140, 141.

Digitized by Google

Ces différences sont réelles, et doivent être appréciées. Mais la bonne foi, la bonne intention, ainsi que l'erreur, lorsqu'il y a délit, tiennent à une cause commune, l'ignorance. Il s'agit donc, dans tous ces cas, d'en apprécier le degré de vraisemblance et d'innocence.

Il y a tel délit sur la nature duquel il n'est permis de se tromper qu'à un enfant, à un imbécile ou à un fou.

Il en est d'autres qui ne sont pas des délits naturels, mais dont il est peu excusable d'ignorer le caractère, parce que la loi, la coutume, la tradition, les usages de chaque jour, en proclament la nature. En vain le coupable se prévaudrait d'une instruction contraire, de l'autorité d'un maître quelconque; le bon sens dit assez que nul n'a le droit d'enseigner à mépriser les lois du pays; autrement, tous les intérêts, tous les fanatismes pourraient en renverser l'édifice [1].

L'ignorance du droit ne se présume donc point, et ne peut s'admettre que rarement. C'est à celui qui l'allègue à l'établir en fait et à montrer qu'elle est excusable.

L'ignorance du fait ne se présume pas davantage; mais dès qu'elle est établie, elle excuse du dol ou de la faute. Elle exempte donc de la peine; mais elle ne dispense pas de réparer le mal occasionné.

L'erreur est plus difficile à justifier que l'ignorance, soit lorsqu'on croit faire le bien tout en faisant le mal, soit surtout lorsqu'on croyait commettre un mal on en commet un autre. Dans ce dernier cas, il n'y a pas erreur de droit à proprement parler, mais erreur de fait. L'excuse complète en est impossible; les lois romaines en donnent plusieurs espèces [2].

La bonne intention, au contraire, peut excuser quelquefois, lorsqu'on commet une action mauvaise d'ailleurs, mais dans le cas seulement où l'erreur est juridiquement impossible.

Les bons sentiments ne sont pas nécessairement accompagnés de l'erreur de droit ou de fait. On peut, comme Horace vainqueur, se laisser emporter par l'indignation et commettre sciemment un délit, mais par un mobile qui n'a rien que de louable dans son principe ou son essence. L'acte seul est ré-

[1] Jousse, p. 614, n° 216.

[2] L. 45, § 2, D., *Ad leg. Aq.*; L. 5, § 1, D., *De servo corrupto*; L. 18, § 3, D., *De injur.*; L. 6, D., *De crim. expil. heredit.*

Digitized by Google

préhensible; mais tout répréhensible qu'il est, il peut mériter de l'indulgence.

Nous avons dit un mot de la négligence ou de la faute, en parlant du dol, et nous nous sommes demandé, en traitant de l'excuse tirée de la contrainte, si le besoin pressant pouvait prétendre à la même indulgence.

IV. Si nous portons notre pensée sur la manière dont le délit est perpétré, abstraction faite cette fois des motifs ou de l'intention, nous apercevrons aisément que certaines circonstances extérieures peuvent ajouter à sa gravité ou servir de titre à l'adoucissement de la peine, et qu'il convient de tenir compte de cet ordre de circonstances, sans, toutefois, entrer dans des détails trop minutieux, comme le faisaient certaines lois. Zoroastre distinguait par exemple, dans une blessure, le temps nécessaire à la cicatrisation; si elle avait été faite par derrière; si le sang avait coulé; si le corps avait été déchiré; si un os avait été fracturé; si un membre avait été séparé du tronc [1].

La manière dont le vol avait été commis entraînait déjà aux yeux du législateur romain des différences dans la peine. A Sparte, cette différence pouvait aller jusqu'à faire disparaître la culpabilité.

L'instrument du délit n'est pas non plus sans influence sur la peine. Aussi l'empoisonnement est-il plus odieux que l'assassinat, il joint la lâcheté à la scélératesse.

La loi des Bourguignons inflige une peine différente si l'on a pris un homme aux cheveux, d'une main ou des deux mains [2].

Si la violence est acharnée, persistante; si le poignard est retourné dans la plaie, si les coups sont multipliés, il y a là autant d'indices d'une rage qui ne pourrait trouver d'excuse que dans la colère la plus exaspérée et la plus légitime. Mais si un acte de scélératesse est commis de sang-froid, contre toute justice, sans le plus léger ressentiment; si la victime est mutilée, égorgée lentement, le chapelet d'une main, le couteau de l'autre, comme dans l'affaire des féroces trabucaires, ce n'est pas trop de toute la sévérité de la loi. Si la société se vengeait, le supplice n'aurait alors rien que de juste encore.

[1] Pastoret, *Zor.*, *Conf. et Mahom.*, etc., p. 81-89.—Anquetil du Perron, *Zend-Avesta.*

[2] Tit. 5, L. 4, *Si quis ingenuum hominem per capillos arripuerit, si una manu 2 solidos inferat; si utraque 4.*

Digitized by Google

V. Des motifs d'aggravation ou d'atténuation sont également tirés de la nature et du degré de l'action punie. Un délit qui a naturellement ce caractère à tous les yeux est un mal plus grand que celui qui n'est tel que par le fait de la loi ou de circonstances qu'on peut ignorer. Dans les délits naturellement tels, ceux de même espèce, de même nom, tel que le vol, diffèrent singulièrement par ce qui en est l'objet, la qualité, la matière, par le *corpus delicti*, comme aussi par la quantité absolue.

La quantité relative peut encore aggraver la faute. Il y a plus de mal moral à voler le pauvre que le riche.

Ces distinctions ont toujours été senties, et si les législateurs ont paru quelquefois s'y tromper, en punissant plus sévèrement ce qui est moins coupable que ce qui l'est davantage, par exemple les délits contre le fisc plus que les délits contre les particuliers, c'est que l'intérêt des principes s'y trouvait plus engagé, et qu'on voulait compenser par un excès de crainte ce qui manquait naturellement à la conscience.

Un certain intérêt public, bien ou mal entendu, a pu exercer encore une certaine influence dans les répressions tenant à l'ordre ou au bien général. On s'imagine volontiers, surtout dans les républiques, que le délit est en raison du nombre de ceux qui en souffrent, quoique le degré de préjudice éprouvé par chacun ne soit qu'un infiniment petit. Ou bien on fait de la chose publique, de la patrie, une idole, et de toute atteinte contre elle, un sacrilége. Les Japonais punissent de mort la contrebande avec la Chine, et cette peine leur enlève quatre à cinq mille personnes dans un siècle [1], perte assurément plus grande que celle qu'éprouverait l'empire si la contrebande était un peu plus considérable ou la peine beaucoup plus douce; si, par exemple, elle n'était que pécuniaire. Je mets de côté, comme on voit, la question économique, celle de savoir jusqu'à quel point les nations sont intéressées à s'isoler commercialement, dans quelles circonstances et jusqu'à quel point.

La contrebande n'est qu'une sorte de vol public, quand elle en est un toutefois. Le bon sens du peuple regarde ce vol comme incomparablement moins coupable que celui qui atteint les particuliers; et le bon sens a raison. Les lois qui se mettent en contradiction avec lui ont donc ici un double tort. Si l'opinion

[1] KÆMPFER, IV, 8.

Digitized by Google

générale, fût-elle erronée (je parle de quelque chose d'inférieur au bon sens), était opposée à une mesure législative, cette mesure serait déjà mauvaise par là même. Le législateur doit redresser l'opinion quand elle est fausse, et ne se mettre jamais en contradiction avec elle, excepté, toutefois, lorsqu'elle exigerait de lui une injustice; lors, par exemple, qu'inspirée par une humeur fanatique elle demande au souverain que tous les péchés soient punis comme des attentats juridiques, comme des méfaits sociaux.

Il y a de même une sorte d'iniquité à frapper le malheur, la faute même si l'on veut, comme on ferait la méchanceté et le dol; par exemple, de ravir à tout jamais la liberté à un débiteur insolvable. Il y aurait bien plus de cruauté encore à lui ôter la vie[1]. Que le fruit du travail[2] d'un débiteur insolvable appartienne à ses créanciers, je le comprends; c'est là du droit strict; mais que sa liberté, sa vie, lui soient enlevées à ce titre, c'est ce qui n'est plus dans la justice. Il n'y a plus d'analogie entre la faute et la peine. L'analogie a pu conduire à des abus en matière de législation criminelle; mais si elle avait toujours été sagement suivie, elle en aurait plus prévenu qu'elle n'en aurait fait naître. Ce serait encore là toute la question, alors même qu'on pourrait prouver que l'analogie conduit parfois à des peines injustes; preuve qui, selon nous, est encore à faire. Ceux qui l'attaquent ne s'aperçoivent pas que l'analogie n'est que le principe du choix des peines; mais que ce principe n'est point responsable du degré de la peine ni de sa moralité. C'est la justice et la morale qui doivent donner les deux autres principes propres à régler l'application du premier.

VI. Les suites d'un délit, son issue heureuse ou funeste pour celui qui devait en souffrir, ou pour le public, sont aussi des causes qui portent à l'indulgence ou à la sévérité. Sans doute il est moralement vrai de dire avec l'empereur Adrien : *In maleficiis voluntas spectatur, non exitus*[3]; mais le mal réellement

[1] Je ne puis croire que ce soit là le sens vrai d'une certaine loi romaine sur lequel on a tant écrit. V. L. 6, tab. III. — Au reste, cette disposition ne serait pas la seule de cette espèce. Solon en dicta une analogue, et les Germains, suivant Tacite, n'étaient pas moins impitoyables envers les débiteurs impuissants à se libérer. Nous reviendrons sur cette question.

[2] Et par conséquent sa liberté dans une certaine mesure et à certaines conditions, mais non la liberté dans le sens absolu du mot.

[3] L. 48, tit. 8, l. 14. — V. aussi L. 14, ad leg. Cornel. *De sicariis*.

Digitized by Google

occasionné doit aussi entrer pour quelque chose dans un système pénal qui ne tient pas seulement compte de l'intention. Je dis plus : il doit être la base première, essentielle de la culpabilité ; il suffit pour le reste que l'acte soit imputable.

VII. C'est par la même raison qu'il y a lieu d'être plus sévère pour l'auteur d'un délit, dont les suites probables doivent être plus ou moins fâcheuses, bien que ces suites ne soient pas nettement voulues par le coupable.

VIII. On punit plus sévèrement aussi les délits plus faciles à commettre, ou contre lesquels il est plus difficile de se prémunir, tel que le vol d'ustensiles aratoires et de bestiaux dans les champs, de récoltes sur pied ou coupées, d'objets mobiliers dans les lieux publics, dans les hôtelleries. « Dans l'île de Man, dit Blackstone, cette règle avait une si grande étendue que le vol d'un cheval ou d'un bœuf n'était point puni de mort, à cause de la difficulté de cacher le vol dans ce petit territoire ou de le soustraire hors de l'île ; mais le vol d'un cochon ou d'une volaille était un délit capital, par la raison contraire[1]. » Il en est de même du vol sur les grands chemins, du vol organisé et à main armée, des violences exercées sur un enfant, une femme, un vieillard.

La violation du domicile a toujours été regardée comme cause aggravante, par la raison que la sûreté doit y être plus grande[2]. Le droit lithuanien condamnait celui qui avait dérobé quelque chose, même de peu d'importance, dans le palais royal, à perdre une oreille pour la première fois, et la vie en cas de récidive[3]. En Pologne, le délit ou le crime commis non loin du monarque, dans sa demeure, dans la ville ou le village où il se trouvait, en était aggravé. Le droit lithuanien faisait même de cette circonstance un crime de lèse-majesté, lorsqu'il y avait usage d'armes et blessure dans le palais royal. S'il y avait blessure occasionnée sans armes et sans attaque à repousser, le coupable était con-

[1] *Code criminel de l'Angleterre*, part. I, p. 13.

[2] V. *Statuts de Crema*, III, p. 72.— Le domicile comprend non-seulement la maison, mais encore le jardin, le portique. Le statut de Ferrare étend le domicile à 10 pieds autour de l'habitation. (*Statuta urbis Ferraris*, lib. III, c. 80.) — V. aussi le statut de Tortona, lib. IV, p. 125. Celui de Milan excepte sagement de l'aggravation de la peine, par cette circonstance, les habitants mêmes de la maison. (*Stat. crimin. Mediolani*, c. 69.)

[3] Maciejowski, *Slavische Rechtsgesch.*, t. IV, p. 283.

Digitized by Google

damné à perdre la main [1]. Le temps de jour ou de nuit, de paix ou de guerre, de disette ou d'abondance, est encore une circonstance qui a son poids.

IX. Il faut aussi entendre par circonstances de temps et de lieu, les époques, les climats et les pays, les lieux publics ou les lieux qui ne le sont pas, ceux qui sont affectés à certaines réunions plutôt qu'à d'autres. La coutume de Montereau (art. 4) porte ce qui suit : « Le jour de samedy, qui est jour de marché, s'il est trouvé aucun délinquant en faisant battures et excès en la personne d'aucun, ou pour raison de pareil cas ou delict, l'amende serait ordinaire de v sols tournois ; pour raison du dit jour de samedy et marché, elle est de LX s. t. [2]. »

X. Les rapports du coupable à l'offensé peuvent également aggraver ou atténuer le délit. Un fils ne peut châtier son père, mais un père peut user d'une certaine sévérité envers son fils, encore enfant surtout. Les rapports de parenté, de tutelle, de mari et de femme, de maître et de domestique, de supérieur et d'inférieur, disent assez que les mauvais traitements commis dans ces conditions ont plus ou moins de gravité que lorsqu'ils n'ont lieu qu'entre personnes n'ayant d'autres rapports entre elles que ceux qui font de tous les hommes des êtres moraux de même espèce, ou qui les unissent de liens moins étroits que les précédents.

En comparant les lois des peuples barbares qui furent en vigueur du Ve au XIIe siècle, avec celles des républiques italiennes depuis le XIIe siècle, on trouve que, pendant la première période, les peines portées contre les délits envers les gens d'église étaient trois fois plus fortes que les peines ordinaires [3], tandis que, dans la seconde période, elles furent mitigées et finalement réduites au niveau des peines ordinaires : la peine supérieure resta au profit de l'autorité civile. Ce degré d'exacerbation fut dans certains États du double [4]; il s'éleva dans d'autres jusqu'au quadruple [5]; la dignité de l'offensé, son ca-

[1] *Ibid.* — V. aussi *Laudensium statuta*, c. 511.

[2] La *Conférence des coutumes*, par P. Guenoys; Paris, 1596, t. I, tit. 26, nos 9 et 13.

[3] Canciani, *Leges Barbar.*, t. II, p. 326, id. 2, p. 360, col. 2; t. III, p. 198, col. 2.

[4] *Stat. crim. de Milan*, c. 98; de *Lodi*, c. 576; de *Menze*, c. 17, 128.

[5] *Statuta curiæ Matarellæ Domi Ossulæ*, p. 40.—*Stat. de Novara*, p. 129, 130.

Digitized by Google

ractère public, faisaient quelquefois porter l'amende jusqu'au sextuple [1].

Dans certains États, le degré de la peine fut tel qu'il changea la nature du délit, puisqu'il fut puni comme le crime de lèse-majesté [2]. Le statut de Crémone met les avocats consultants, les patrons et les arbitres sur la même ligne que les juges; la peine était quatre fois plus forte pour les délits commis à leur égard que pour ceux qui ne l'étaient que contre de simples particuliers [3]. Des paysans qui manquaient à des citadins étaient punis d'une peine double de celle décernée pour les délits de bourgeois à bourgeois [4]. La richesse obtint des priviléges analogues [5]. L'instruction, l'éducation, les professions libérales jouirent des mêmes faveurs [6]. Quand les lumières furent remises en honneur, l'instruction valut d'autres immunités encore [7].

La moralité des personnes a porté aussi quelques législateurs à être plus indulgents pour les uns, plus sévères pour les autres [8]. Il y a plus de mal, en effet, dans l'injure faite à l'homme de bien que dans le manquement à celui qui ne se respecte pas lui-même. Mais ces nuances sont partout difficiles à saisir, et les apparences peuvent être trompeuses. En tout cas, c'est manquer plus grièvement aux personnes respectables, que de les injurier sous les yeux de celles dont l'estime leur est chère [9].

XI. Il faut dire encore que les délits paraissent plus ou moins graves, suivant qu'ils semblent menacer un plus ou moins grand

[1] SAINTE-CROIX, *Du gouvernement féodal*, p. 359.

[2] *Municipalia Cremæ*, p. 76.

[3] *Stat. Cremonæ*, p. 56; *Stat. de Casalmagg.*, p. 78; de *Ferrare*, III, 77, p. 143.

[4] *Ibid.* p. 53, 54. — *Stat. de Ferrare*, III, 72.

[5] CANCIANI, *Leg. Barb.*, t. IV, p. 239, col. 2. — Cf. MONTAIGNE, *Essais; Londres, la cour et les provinces d'Angleterre*, t. III, p. 196; *Leges nov. reipubl. Genuæ*, c. 50.

[6] V. la vie d'Alaric, celle d'Amalasonte et celle de Cassiodore.

[7] V. tous les statuts des villes d'Italie, particulièrement ceux de Brescia, c. 210, p. 107; celui de Crémone, p. 94, 105; de Ferrare, lib. III, c. 67; de Crème, III, p. 76. — Cf. SAINTE-FOIX, Œuvres, t. V, p. 367.

[8] *Municipalia Cremæ*, III, p. 77. — *Criminal jur. Genuæ*, II, 5. — *Leg. Barb.*, dans CANCIANI, t. I, p. 372, col. 2. — *Statut. comm. Placent.*, II, *De verbis injur.*

[9] *Stat.* de *Crème*, III, p. 94; de *Pavie*, c. 16; de *Lodi*, c. 623; de *Valzesia*, c. 36 et 37; d'*Intra* et de *Pallanza*, p. 101; de *Valsasina*, c. 30, p. 12; de *Pontremoli*, III, c. 16, p. 72.

Digitized by Google

nombre de personnes, c'est-à-dire suivant qu'ils sont commis dans des circonstances qui se rencontrent plus ou moins fréquemment. C'est ainsi que celui qui empoisonne son père pour jouir prématurément de ses biens, ne paraît pas aussi dangereux que le brigand qui assassine pour voler, quoique son crime soit plus atroce. Tel qui empoisonne son père dans des vues intéressées, ne commettrait pas un meurtre ordinaire, et peu de pères de famille redoutent un pareil traitement de la part de leurs enfants. On comprend, du reste, que le sentiment de la sécurité peut porter plus facilement à l'indulgence, comme celui de l'alarme à la sévérité, et qu'ainsi une circonstance aggravante d'un côté, peut être paralysée par une circonstance atténuante de l'autre, et réciproquement.

Farinacius déduit encore une circonstance atténuante de l'incertitude où l'on est sur l'auteur du délit; lors, par exemple, qu'un crime est commis par un individu faisant partie d'un rassemblement [1]. Nous ne pouvons admettre que si le rassemblement n'a rien d'illicite, tous ceux qui le composent puissent être frappés d'une peine, même inférieure à celle que mérite le délit commis. Nous faisons toutefois abstraction du cas où la dénonciation serait obligatoire. Mais encore ne faudrait-il appliquer que la peine portée contre le refus de dénoncer. Resterait toujours à savoir, cependant, si elle peut atteindre jusqu'à ceux qui n'ont pu apercevoir le coupable. Si, au contraire, la réunion est par elle-même un délit, si elle est séditieuse, par exemple, tous ceux qui la composent peuvent être accusés de réunion illégale pour cause de sédition, mais pas à un autre titre. Un autre cas où l'auteur présumé d'un délit était encore puni, mais moins sévèrement, c'est lorsque, sans faire partie d'un rassemblement, il se trouvait désigné par l'opinion publique, ou chargé par un certain nombre de faits propres à engendrer une vraisemblance plus ou moins grave. Mais dès qu'il est convenu qu'on ne peut condamner que sur des preuves, sur des preuves certaines et non sur des simples vraisemblances, il faut renoncer à punir l'auteur incertain du délit. Il ne peut donc pas être question de faire descendre la peine au niveau de l'incertitude [2]; il n'y a pas de peine raisonnablement possible alors.

[1] Farinac., qu. 96, nos 14 et suiv.

[2] Des peuples modernes en sont encore là. Nous le verrons.

Digitized by Google

Nous aurions pu entrer dans de plus grands détails sur les circonstances atténuantes ou aggravantes; mais l'excès est plus à craindre ici que le défaut. Heureux même si nous pouvons échapper au reproche d'avoir été trop long, quoique les détails analogues, dans lesquels descendent plusieurs législations et l'intérêt seul de la question, semblent suffisamment nous justifier.

Les jurisconsultes romains distinguaient déjà sept classes de circonstances atténuantes, suivant qu'elles se rattachaient à la cause ou au motif, au lieu, au temps, à la qualité et au degré du délit, enfin aux personnes qui l'avaient commis ou qui en avaient souffert[1]. Nos anciens criminalistes ont marché sur les traces des jurisconsultes romains; l'un d'eux, Tiraqueau, a fait un traité remarquable sur la matière[2]. Il admettait quarante-quatre raisons d'atténuer ou de remettre la peine.

Le droit canonique, dans lequel la morale a une si grande part, ne pouvait pas manquer d'admettre des degrés dans les délits de même nature[3].

Une des principales raisons de l'arbitraire des peines dans notre ancienne jurisprudence, c'est précisément la nécessité de les approprier non-seulement au délit, mais encore au degré de culpabilité propre au délit, degré qui varie suivant les cas.

Les lois modernes, dont le caractère est généralement plus doux, ont dû, à plus forte raison, accorder beaucoup à l'appréciation des circonstances. C'est ce qui est arrivé particulière-

[1] Aut *facta* puniuntur, aut *dicta*, aut *scripta*, aut *consilia*..... Sed hæc quatuor genera consideranda sunt septem modis : causa, persona, loco, tempore, qualitate, quantitate et eventu. L. 16, D., *Præm.*, et § 1, *De pœnis*. — SATURNIN développe ensuite sa division. — V. ULP., L. 13, D., *De pœnis*, et les observations critiques de M. RIVIÈRE sur ce passage, *Esquisse hist. de la législat. crim. des Romains*, p. 52.

[2] *De pœnis temperandis vel remittendis*, dans ses *Tractatus varii*, 1 vol. in-fol. — V. aussi FARINACIUS, *De delictis et pœnis*. Au nombre des circonstances qui doivent faire remettre la peine, il compte le cas où la corde d'un pendu vient à se rompre. Ce cas n'est point chimérique; il avait été prévu par une loi anglaise du moyen âge : « Si latro suspensus fuerit, et postea cadat de furca, quietus erit ulterius de illo furto. » — HOUART, op. l., t. II, p. 249. — Voir aussi, sur ce sujet : LYNDEN (J. C. C. P. van), *De moderanda pœna*, 1828; — MEERSCH (J. F. van de), *De justo* προσωποληψίας *in pœnis infligendis moderamine*, Lugd. Bat., 1798; — *Revue de droit*, 1850, t. VII, p. 424.

[3] *Corpus juris can.*, secunda pars, caus. 2, quæst. 3.

Digitized by Google

ment dans tous les pays où le fait a été soumis à des juges distincts.

Dans les pays même où le jury n'a pas encore été admis, les juges n'en sont pas moins appelés à se rendre d'abord un compte rigoureux du fait, à l'estimer à sa juste valeur morale, et à lui appliquer ensuite la peine méritée.

Le Code autrichien détermine cinq circonstances spécialement aggravantes, et treize circonstances atténuantes, dont dix sont tirées des personnes et trois des faits [1]. Il place au nombre des circonstances aggravantes celle d'avoir déjà commis d'autres délits de même espèce ou d'espèce différente.

Si le Code néerlandais n'a pas cru devoir investir le juge du droit d'abaisser la peine, en considération des circonstances atténuantes, en cas de délit capital, et cela sous le prétexte que le chef de l'État a seul le droit de grâce, n'est-ce pas s'achopper sur une difficulté créée à plaisir, ou refuser d'être conséquent? S'il y a des circonstances atténuantes, le crime peut n'être plus capital que de nom, et il n'y a là aucun droit de grâce à exercer d'abord en ne condamnant pas à mort, mais simplement droit de justice. C'est donc vouloir être trop sévère pour donner au chef de l'État une apparence de bénignité [2].

Le Code du Brésil juge convenable, comme la plupart de ceux qui n'admettent pas de jury, d'énumérer avec quelque étendue les circonstances aggravantes ou atténuantes. Il en compte vingt-deux de la première espèce, entre autres si le délinquant a été payé ou s'il a compté l'être pour commettre le délit; s'il a usé de déguisement pour surprendre sa victime; s'il a, par son crime, ajouté à une affliction déjà existante [3].

Les circonstances atténuantes énumérées dans ce même Code sont au nombre de dix [4].

Le Code bolivien énumère aussi les circonstances légalement atténuantes. Toutes les fois que la loi spécifie les circonstances qui aggravent ou atténuent le délit, le juge, évidemment, ne peut en admettre d'autres, sans quoi l'énumération qu'en fait la

[1] *Code autr.*, 1re part., art. 37-40, trad. de M. Foucher.

[2] Cette disposition du Code hollandais est justement blâmée par un jurisconsulte du pays, M. Kœnigswarter, *Revue étrang. et franç. de droit*, IV, p. 344.

[3] Première partie, art. 15-17.

[4] *Ibid.*, art. 18.

Digitized by Google

loi serait superflue. La sentence doit, de plus, mentionner la circonstance qui a été prise en considération. On pourrait bien aussi exiger d'un jury qu'il n'admît d'autres circonstances atténuantes que celles qui seraient reconnues par la loi, et par conséquent qu'il les fît connaître dans son verdict; mais le jury est plus capable de sentir que de penser, et l'on s'en rapporte à son impression confuse, plutôt que d'exiger de lui un discernement parfait.

Le Code de la Louisiane met sagement au nombre des circonstances aggravantes les fonctions publiques dont le coupable serait investi, sa position sociale élevée, son éducation, sa conduite précédente, sa fortune, etc. [1].

Le Code belge, sans doute par imitation du Code néerlandais, n'a pas étendu la faculté d'atténuation à toutes les affaires du grand criminel [2].

D'après tout ce qui vient d'être dit sur les circonstances qui augmentent ou diminuent la culpabilité, il semble qu'on peut très-bien définir les circonstances aggravantes : des faits accessoires à l'élément essentiel du délit, et qui le rendent juridiquement plus ou moins grave, par conséquent plus ou moins punissable, sans toutefois être jamais par eux-mêmes des délits distincts.

De cette manière nous écartons tous les faits qui n'ont aucune connexion avec le délit, ou qui, tout en s'y rattachant, constituent par eux seuls des délits distincts [3]. Peu importe que l'un de ces délits ne soit qu'un moyen et l'autre une fin, que l'un soit principal et l'autre accessoire. Ce sont deux délits, passibles chacun d'une peine spéciale.

Nous n'ignorons pas que cette manière d'envisager les circonstances aggravantes des délits s'écarte de celle qui est admise par la plupart des jurisconsultes et des législations : on est généralement porté à regarder deux délits connexes, l'un comme le délit unique, comme le délit proprement dit, l'autre comme une simple circonstance aggravante du premier. Nous y voyons, nous, ce qui s'y trouve réellement, deux délits, dont le moindre serait déjà par lui seul punissable. Nous y voyons

[1] *Revue étrang. et franç.*, t. II, p. 698.

[2] *Ibid.*, t. VII, p. 729.

[3] Est délit essentiellement distinct celui qui est déclaré tel par la loi, dans le cas où il n'est pas connexe.

Digitized by Google

concours de délits, et par conséquent cumulation possible de peine. Nous reviendrons bientôt sur cette question. — Nous voulons bien, du reste, que la justice humaine ne soit pas impitoyable, qu'elle n'use pas de tout son droit; mais, dans l'intérêt de la vérité, de la perfection de la doctrine, de la justice et de la morale même, il faut distinguer ce qui doit l'être; il faut que l'on n'ajoute point à une peine déjà suffisante, et qu'on sache si l'on n'augmente pas celle qui pourrait l'être, qu'on fait de la générosité et non de la justice. Il est également bon que les criminels eux-mêmes n'ignorent point que la société ne les frappe qu'à regret, qu'elle ferme les yeux sur une partie de leurs fautes, et qu'elle est indulgente jusque dans ses apparentes rigueurs.

L'admission des circonstances atténuantes, alors même que les juges du droit sont aussi les juges du fait, présente ces avantages incontestables : 1° que l'accusé n'est point acquitté par la répugnance que les juges éprouvent à le voir frappé d'une peine trop forte; 2° de rendre ainsi la répression plus plus sûre, plus générale, plus puissante, par la certitude où est l'accusé de ne pas échapper aussi facilement à la peine; 3° d'habituer la conscience publique à discerner les nuances des crimes, à se perfectionner par la réflexion; 4° de prouver aux peuples que la justice n'est point arbitraire, que la vie de l'homme, même du coupable, a son prix, et un grand prix aux yeux du souverain : « Lorsque le peuple ne voit point de gradation dans les peines, dit Blackstone, il est porté à croire qu'il n'y en a point dans les crimes [1]. »

D'après la définition que nous avons donnée des circonstances qui modifient la gravité du délit en le déterminant, il est clair : 1° que toute peine destinée à punir un délit plus ou moins grave, doit être susceptible de division ou avoir des degrés; 2° que le maximum doit être réservé aux délits de l'espèce les plus gravement caractérisés, et le minimum pour ceux qui le sont le moins.

Deux réflexions néanmoins trouvent ici leur place : 1° les peines indivisibles, si elles sont jugées suffisantes, et qu'elles soient d'ailleurs une sorte de minimum relatif ou pour les cas prévus, ne font point regretter leur indivisibilité, puisque, par

[1] *Comment. sur le Code crim.*, p. 16.

Digitized by Google

hypothèse, ce sont les peines les plus légères qu'on puisse infliger sans compromettre la dignité de la justice; 2° si l'on veut y voir, au contraire, un maximum que la société n'entend point dépasser, alors même qu'elle pourrait le faire sans manquer à la justice, il est inutile encore que ces peines soient susceptibles d'être aggravées, qu'elles aient des degrés supérieurs, comme en avait la peine de mort dans l'ancienne législation française. Cette peine se distinguait en cinq espèces, accompagnée qu'elle était d'autres peines qui la rendaient plus ou moins atroce. La loi nouvelle fait grâce de ces degrés d'exacerbation, et son plus grand châtiment n'a plus pour cortége des tourments qui pourraient être mérités, je le veux, mais qui ressemblent trop à de la vengeance, et qui déconsidèrent la justice en même temps qu'ils la font prendre en horreur.

Remarquons encore que si la peine affectée par la loi à un délit ne peut s'élever, même d'un degré, quelles que soient les circonstances aggravantes (ce qui a lieu lorsqu'elle ne peut être infligée que dans son maximum), il n'en est pas ainsi de la même peine considérée dans son minimum; le plus bas degré peut être dépassé. C'est qu'alors l'espèce du délit se trouve changée. Il y a un terme nécessaire aux circonstances aggravantes, puisque, d'une part, le délit est défini par la loi, et que, d'un autre côté, les circonstances aggravantes ne sont point par elles-mêmes des délits prévus, définis et punis d'une peine propre. Il peut bien y avoir délits conjoints, mais c'est un tout autre cas, je le répète. Au contraire, il n'y a pas de limite assignable au *minimum*; car depuis les *faits justificatifs* ou les excuses péremptoires jusqu'aux *qualifications* les plus graves d'un même délit, il y a d'abord tous les degrés qui séparent le maximum du minimum; il y a, en outre, une série de faits qui ne laissent du crime proprement dit que le nom [1], mais qui constituent encore un délit; ils font disparaître le dol, mais en laissant subsister la faute. Ils peuvent même être quelque chose de moins, et n'avoir qu'un caractère de pure contravention, malgré le crime matériel auquel ils se rattachent.

Il ne faut pas dire alors avec des criminalistes très-distingués d'ailleurs, que le juge, en faisant descendre la peine si bas,

[1] Et encore faut-il changer ce nom, qui n'est d'abord donné que sur l'apparence du fait principal.

Digitized by Google

détermine plus équitablement la nature du délit, l'espèce qui lui était soumise en apparence; il n'y voit que ce qu'elle renferme, et ne se laisse point abuser par une première dénomination. Toute dénomination d'un fait aussi complexe qu'un délit, porte essentiellement sur une abstraction. Le fait au contraire, c'est-à-dire le délit à juger, est essentiellement concret ou déterminé, et doit être apprécié comme tel; peu importe ensuite que la dénomination qu'il avait d'abord reçue fût plus ou moins propre; elle n'était jusque-là qu'un préjugé susceptible d'être redressé; le juge est chargé d'apprécier un fait, et non de donner raison à une dénomination, ou de renvoyer impuni un délit mal nommé[1]. Ce serait un reste de ce vieux pharisaïsme des formules d'action, où l'esprit succombait sous la lettre, où la forme emportait le fond, où la procédure semblait être la fin et la justice le moyen. Dans ce sens, il est vrai, nous sommes revenus aux peines arbitraires. Mais que vaut-il mieux, ou qu'il n'y ait pas de peines du tout pour certains délits, ou qu'elles soient trop fortes? Toute la question est là. Or la poser ainsi, c'est la résoudre. Et comme c'est la loi qui donne au juge ce pouvoir, on ne peut pas dire que les peines, une fois descendues à un certain degré, sont appliquées au gré du juge et non à celui de la loi. Les deux derniers paragraphes de l'article 463 de notre Code pénal sont donc parfaitement fondés en raison[2].

Quelle différence, d'ailleurs, entre l'arbitraire des anciennes lois pénales et celui des nouvelles! Les législateurs anciens, surtout dans les États despotiques, n'avaient rien fait, ou avaient incomparablement moins fait pour restreindre cet arbitraire; l'indifférence, le mépris de l'humanité, l'ignorance, le désir

[1] Il est évident que si la dénomination péchait dans le sens opposé, par exemple si l'on appelait un parricide de la dénomination bénigne d'injure, le juge supérieur aurait la faculté de redresser l'erreur.

[2] Si la dénomination provisoire du délit est trop faible, le tribunal qui est saisi de l'affaire, en conséquence de la qualification même du délit, qui est attributive de juridiction, peut toujours se déclarer incompétent, et renvoyer l'affaire à un tribunal supérieur. Si, au contraire, la dénomination spécifique et provisoire est trop forte, le tribunal devant lequel l'accusation est portée peut être investi du droit de prononcer sur tous les délits qui ressortissent à une juridiction inférieure quelconque, pour éviter les lenteurs et les frais, et par la raison que pouvant le plus il peut le moins, ou bien encore renvoyer aux juges spéciaux. Cette dernière mesure vaudrait déjà mieux que l'impunité.

Digitized by Google

secret de pouvoir se venger sous prétexte de punir, l'utilité prétendue de la crainte continuelle d'une peine excessive pour les uns, comme aussi l'espoir pour d'autres d'échapper plus aisément à la juste peine de leurs crimes, ou de n'en porter qu'un châtiment dérisoire; la satisfaction intérieure que le juge devait éprouver à se sentir armé d'une puissance aussi redoutable, sa docilité entre les mains du pouvoir, tels sont les motifs qui expliquent en grande partie l'arbitraire des anciennes lois pénales.

Mais outre que l'arbitraire qui est laissé au juge par les lois nouvelles est incomparablement plus restreint, il n'est dû qu'au respect même de la justice. La loi ne lui donne autant de liberté que pour le livrer plus étroitement aux exigences de sa conscience. Elle ne veut pas que le juge soit une machine; elle lui laisse sa nature et sa responsabilité morale; seulement elle l'éclaire et le dirige. Elle fait assez pour qu'il ne s'égare point, mais elle ne veut rien faire qui ressemble à une violence morale, ou qui enlève au juge sa juste part de responsabilité. Elle ne le croit point infaillible, ni peut-être à l'abri de toute faiblesse. Aussi lui donne-t-elle des règles qui l'obligent et le soutiennent en l'éclairant, mais elle ne le suppose ni aveugle ni pervers.

Une autre considération relative aux circonstances graves qui caractérisent les délits, c'est qu'il peut y en avoir d'aggravantes et d'atténuantes tout à la fois. Ce concours donne lieu à un calcul approximatif de plus et de moins, ou d'égalité, qui ne peut être réglé utilement par le législateur; car il préférera vainement qu'on prononce des circonstances atténuantes si elles dépassent les aggravantes, ou réciproquement; il faudra toujours qu'il s'en réfère à la conscience du juge pour faire cette appréciation comparative.

Le Code autrichien nous semble donc avoir pris un soin superflu, lorsqu'il recommande de faire attention à celles de ces circonstances qui prédominent, et de se prononcer en conséquence[1].

Est-il bien facile, du reste, de comparer des choses aussi différentes que le bien et le mal moral, avec toutes les formes qu'il revêt? L'esprit peut s'égarer et se perdre en cherchant à se

[1] Art. 41, *première partie*.

Digitized by Google

faire une idée précise, en cherchant autre chose que cette impression dernière qui est comme la résultante de toutes les impressions particulières survenues pendant les débats. Elle est peu raisonnée, je le veux, mais elle n'en est peut-être que plus naturelle et plus vraie : nous sommes alors moins actifs, nous y mettons moins du nôtre; le résultat possède donc un caractère moins artificiel.

Lorsque la peine est indivisible, qu'elle n'a ni maximum ni minimum, elle est censée n'être qu'un minimum; autrement, si elle avait un caractère moyen, elle pourrait être trop sévère pour les cas où il y aurait des circonstances atténuantes dans l'espèce. Cependant, ce caractère moyen présenterait moins de danger si le juge avait la faculté d'appliquer une peine inférieure d'un degré ou même de plusieurs.

§ II. — *De la tentative.*

SOMMAIRE.

1. La tentative est, en tout cas, une faute morale. C'est une faute civile, un délit, alors même qu'elle n'est suivie d'aucun effet matériel, en ce qu'elle trouble la sécurité.
2. Trois moments à distinguer dans l'exécution d'un délit.
3. Conséquences pratiques de cette distinction.
4. La méditation d'un délit n'est pas un délit; ce n'est qu'une mauvaise pensée, une intention coupable, un péché. Elle peut cependant exiger des mesures préventives.
5. État de plusieurs législations sur la tentative.
6. État de la doctrine à cet égard.
7. Déjà la loi romaine était entrée dans la distinction entre la tentative et le délit consommé.
8. D'où vient l'erreur en ce point.
9. Conclusion.

Nous avons fait entendre plus haut que le délit existe déjà lorsque l'action n'est que tentée : nous devons donner quelques explications sur ce point.

On peut distinguer, avec M. Rossi, trois moments dans l'exécution d'un délit : sa préparation, son exécution proprement dite et sa consommation.

Ces trois moments sont plus ou moins distincts, suivant la nature des délits.

La préparation est interne ou externe.

Digitized by Google

Dans le premier cas, elle est méditée purement, simplement; et alors elle échappe à l'action judiciaire.

Dans le second cas, elle est visible, constatable.

Mais il faut, pour qu'elle puisse être punie préventivement, et dans l'intérêt de la sécurité publique, deux circonstances : la première, que cette préparation ait une connexion certaine avec le délit; la seconde, que l'agent n'ait point renoncé à son projet.

Il faut, en tous cas, que la peine soit inférieure à celle qui frapperait un commencement d'exécution ou le délit consommé.

Cette distinction est importante, par la raison que le délinquant peut renoncer à son dessein tant que ce dessein n'est pas accompli sans retour, et qu'il faut lui ménager un intérêt à revenir sur ses pas.

De plus, il est évident que, sous le rapport matériel, celui qui n'en est qu'à la préparation ou à l'exécution d'un crime, porte moins de préjudice jusque-là que celui qui l'a complétement perpétré.

Ajoutons enfin que si le législateur était trop sévère, il serait moins sûr d'être obéi; la conscience du juré se décide difficilement à reconnaître la culpabilité devant une peine qui lui semble trop forte. De là l'impunité, et le scandale qui l'accompagne. Mais que décidera-t-on si le criminel manque son but par l'effet du hasard, de la maladresse, ou par quelque autre raison contraire à sa volonté? Il est sans doute moralement aussi coupable que s'il avait réussi, mais il ne l'est pas autant sous le rapport matériel. Or comme cette dernière considération est très-importante pour la société, qu'elle est d'une appréciation bien plus facile pour les hommes que celle du degré de culpabilité morale, il nous paraît raisonnable de ne point punir aussi sévèrement dans ce cas que lorsque le crime a été consommé matériellement.

Il ne faut pas, du reste, donner pour raison absolument valable de cette différence, qu'un criminel qui manque son coup est déjà puni jusqu'à un certain point par le regret, par le défaut de satisfaction qu'il éprouve de ne pas avoir réussi, tandis que celui qui est plus heureux éprouve au contraire une satisfaction qui doit trouver sa compensation dans la peine. Si ce raisonnement était juste, il faudrait moins punir l'auteur d'un délit consommé qui éprouverait des remords, que celui d'un

Digitized by Google

d'un délit manqué qui n'en éprouverait point. D'ailleurs, il reste toujours à celui qui n'a pas réussi dans sa tentative criminelle l'espoir de recommencer, s'il persévère dans son dessein, et cet espoir est bien propre à calmer ses regrets coupables, tandis que celui qui a commis un mal irréparable n'est souvent frappé que d'une chose, de l'irréparabilité même de sa faute.

Il serait prudent néanmoins de laisser au juge la faculté d'appliquer le maximum de la peine méritée au crime matériellement consommé, pour le cas où la tentative avortée démontrerait une très-grande perversité.

En reprenant tous les moments qui constituent la série entière de la tentative, nous dirons donc, premièrement, que les actes internes ne sont jamais susceptibles d'être punis, *cogitationis pœnam nemo patitur*[1], puisqu'ils ne sont que de mauvaises intentions; mais ils autorisent, quand ils sont très-sérieux et bien avérés, non pas une peine proprement dite, mais des précautions ou actes défensifs, tels qu'emprisonnement, bannissement ou exil.

Si cependant on tenait à donner le nom de peines à ces précautions défensives, ces peines auraient leur fondement juridique dans la juste crainte qu'inspirent des résolutions criminelles; le trouble volontaire de la sécurité d'autrui est un délit.

Quant aux actes préparatoires, il faut distinguer encore, suivant qu'ils sont par eux-mêmes des délits ou qu'ils ne le sont pas. Dans le premier cas, ils peuvent toujours être punis, abstraction faite du but auquel ils devraient servir; dans le second, ils ne pourraient être atteints qu'à cause de la fin même qu'ils seraient destinés à préparer. Telle est, par exemple, l'organisation d'un complot. De pareils préparatifs sont une menace à l'ordre public; ils décèlent au moins une intention très-coupable, un péril social plus ou moins grand, et méritent une répression propre à sauvegarder l'avenir[2].

Le commencement d'exécution, si l'acte est indivisible, est aussi la consommation du délit, et il n'y a lieu de distinguer

[1] L. 18, *De pœnis*.

[2] La préparation du délit n'a pas toujours été distinguée de la tentative; plusieurs peuples l'ont punie comme accusant une intention coupable. C'était donc cette intention qui était atteinte. — V. PHILON, *De spec. leg.*, ad 6 et 7, *præcept. decalog.* — JOSÈPHE, IV, 8, 34; XII, 10, 36; XVII, 5, 5. — *Vendidad-Sadé*, p. 291.

Digitized by Google

ici qu'entre la tentative manquée et la perpétration même. Mais si l'acte criminel n'est pas indivisible, s'il y a progression possible, la culpabilité est d'autant plus grande que le crime est plus près de son terme. Il peut arriver cependant qu'il n'y ait de criminel en soi que le dernier moment de la série. Il faut donc, pour être autorisé à punir les actes qui le précèdent, être parfaitement sûr qu'ils se rattachent au dernier, qu'ils en étaient des moyens, des moyens efficaces, et non des moyens chimériques comme un certain nombre de ceux qu'employaient les prétendus sorciers.

Les jurisconsultes qui sont d'avis que la tentative non suivie d'effet, le délit tenté ou le délit manqué[1] est cependant punissable, conviennent toutefois que la peine doit être moindre que si l'effet s'en était suivi. Ils n'admettent d'exception que pour le crime de lèse-majesté, d'assassinat, de parricide, d'emprisonnement, pour les crimes qu'ils appellent atroces en général[2]. Cette exception peut avoir sa raison dans la gravité du délit, et cependant la gravité de la peine est au contraire une raison suffisante pour faire disparaître cette exception. Il y en a une autre encore, dictée par la prudence : c'est de ne pas désespérer l'auteur d'un attentat, de lui ménager, au contraire, un intérêt constant à renoncer à sa coupable entreprise.

Suivant Jousse, le juge n'avait pas la faculté, pour les délits ordinaires, de punir la tentative comme le délit consommé ; il était obligé d'adoucir la peine[3]. Notre législation est devenue

[1] Le délit tenté proprement dit ou interrompu est celui qui est empêché dans son *exécution* (qu'il ne faut pas confondre avec sa *préparation*) par une force étrangère, volontaire ou non. Le délit *manqué* est celui qui n'a pas été empêché, mais qui n'a pas réussi, quoique les moyens propres à le consommer aient été employés. Tout délit tenté est un délit manqué dans le sens large de ce dernier mot, mais tout délit manqué n'est pas un délit tenté dans l'acception propre du mot *tentative*. Du reste le délit tenté et le délit manqué sont tous deux opposés au délit *consommé*. Le délit *suspendu* est opposé à tous les trois, ainsi que le délit *abandonné*. Ces deux derniers cas n'ont pas besoin d'explication. Il est, de plus, évident que le délit suspendu ne peut être puni comme le délit consommé. Le délit abandonné ne doit pas l'être du tout. Il faut remarquer encore que la suspension ou l'abandon peut porter sur les préparatifs ou sur l'exécution, comme dans les préparatifs d'un empoisonnement lent ou dans l'administration successive du poison, et qu'il importe de ne pas confondre ces deux situations.

[2] Jousse, t. II, p. 637-639.

[3] Jousse, t. II, p. 639.

Digitized by Google

plus sévère. Elle a, quant à la lettre, le même esprit que les capitulaires de Charlemagne[1], que les ordonnances de 1579, de 1670 et le Code pénal de 1791. Néanmoins, elle est plus douce quant à l'esprit, puisqu'il résulte de la discussion des Chambres en 1832, que les dispositions de cet article du Code de 1810 n'ont été maintenues que parce qu'on a compté sur les circonstances atténuantes que le jury ne manquerait pas de faire valoir. Le législateur eût peut-être mieux fait de compter sur lui-même, et de ne pas se décharger de ses obligations sur le pouvoir discrétionnaire des jurés[2].

Le Code belge punit de la même peine le délit manqué et le délit commencé; il est moins sévère pour la tentative proprement dite. Celui du grand-duché de Bade distingue, au contraire, entre le délit tenté ou interrompu et le délit manqué.

Le Code autrichien ne mentionne que la tentative[3]; il est vraisemblable qu'il entend par là le délit manqué. En général, la tentative est punie moins sévèrement par les différentes législations que le délit même[4].

Les criminalistes modernes sont presque unanimes sur ce point, surtout si le délit est suspendu[5].

Nous n'avons pas parlé des dispositions de la loi romaine à cet égard, parce que la doctrine n'en paraît pas exempte de contradiction. Toutefois, les maximes suivantes sont fort claires: « Qui hominem non occidit, sed vulneravit ut occidat, pro homicido damnandum. — Qui ea mente alienum quid contrectavit ut lucri faceret, tametsi mutato consilio, id postea domino reddidit, fur est. — Is qui cum telo ambulaverit hominis necandi causâ, sicut is qui hominem occiderit, legis Corneliæ de sicariis pœna coercetur. — Maleficiis voluntas spectatur non exitus[6]. » En voici d'autres qui ne sont pas plus obs-

[1] Lib. VII, cap. 151.

[2] V. sur ce point la *Théorie du Code pénal*, t. I, p. 373 et suiv.

[3] P. 6, art. 7; p. 231, art. 6, trad. franç.

[4] Code des *Deux-Siciles*, p. 273, art. 70, trad. franç. — Code *néerlandais*, Revue de M. Fœlix, t. IX, p. 959 et 960. — Code *suédois*, ibid., t. III, p. 197 et suiv. — Code du *Brésil*, art. 16. — Code du *canton de Vaud*, Revue de M. Fœlix, avril 1844.

[5] Beccaria, Carmignani, Feuerbach, Mittermaier, Weber, Hans, Bauer, Legraverend, Carnot, Rossi.

[6] L. 13, *divus.*, D., *ad leg. Corn. de Sicar.*; L. 65, D., *De furtis*; L. 7, *Cod. ad leg. Corn. de Sicar.*; L. 14, D., *ad leg. Corn. de Sicar.*

Digitized by Google

cures : « Eventus spectetur. — Perfecto flagitio punitur capite, » imperfecto in insulam deportatur. — Qui furti faciendi causâ » conclave intravit, nondum fur est, quamvis furandi causâ in- » travit [1]. » Nous n'avons pas à concilier ces textes, en distinguant soit les espèces, soit les temps, soit les hommes. Il est au moins évident que des jurisconsultes romains distinguaient parfois entre la tentative et le délit, et que cette distinction aboutissait à un allégement de la peine pour la tentative.

Il ne faut pas être surpris que la distinction entre la tentative et la perpétration du délit ne soit pas plus marquée dans les législateurs anciens, si universellement admise par les modernes. La raison en est à la confusion de la morale et du droit, confusion qui ne cesse d'obscurcir les idées, et qui égare les esprits les plus fermes. Parce qu'on sent dans sa conscience que la culpabilité morale ou subjective est absolument la même dans le cas où, contrairement à sa volonté, bien manifestée d'ailleurs, le délinquant ne peut arriver à ses fins, et dans celui où la fortune seconde ses vœux criminels, nous prononçons sans hésiter qu'aux yeux de la société, comme à ceux de la conscience et de Dieu, il doit être puni de même.

Cette solution est entachée d'un autre défaut dans les législations qui ne punissent pas la pensée, la mauvaise intention, la résolution criminelle, alors même qu'elle est indubitablement attestée. Il y a effectivement inconséquence, puisque cette volonté a été mauvaise, criminelle peut-être, surtout si l'individu n'en a pas changé. Et quand même il aurait renoncé à ses desseins pervers, n'est-ce pas un coupable qui a voulu le crime dans un temps, et qui ne le veut plus dans un autre? Et la société se contente-t-elle d'un changement de volonté? Comment d'ailleurs pourrait-elle jamais en être parfaitement assurée? Si donc elle pardonne au mauvais dessein, quand elle frappe la maladresse ou l'impuissance, elle manque à la logique; elle met entre la volition d'un acte et cet acte même une différence morale qui n'y est point. Mais ici, comme en beaucoup de choses, la logique recule devant ses extrêmes conséquences, parce qu'elle y voit un vice qui ne la frappe pas au même degré dans ses déductions premières [2].

[1] L, 16, § 8, D., *De pœnis*; L. 1, D., *De extr. crim.*; L. 21, § 7, D., *De furtis*.

[2] Conrad Franz Rosshirt, *Geschicht und System des deutsch. Strafrechts*, t. I, p. 342, § 208. — Cet auteur fait de la tentative un délit à part.

Digitized by Google

En résumé, la culpabilité va croissant dans l'ordre suivant : tentative abandonnée, suspendue, tentée ou interrompue et manquée [1].

§ III. — *Du concours des délits et du concours des peines.*

SOMMAIRE.

1. Autant de délits, autant de peines méritées.
2. Délits composés, complexes, réitérés, collectifs.
3. Distinction entre le concours des délits et leur connexion.
4. Distinction entre le concours des délits et la complicité.
5. Ce qu'en général les législateurs ont statué à cet égard. Exception.
6. Autre sens du cumul des peines. — Réflexions critiques à ce sujet.
7. Conclusion.

Un même individu peut, relativement au même but criminel qu'il se propose, commettre deux ou plusieurs délits, par exemple assassiner pour voler, assassiner deux ou plusieurs personnes. C'est un délit *composé*.

Il est évident qu'en stricte justice, il mérite tous les châtiments réservés par la loi à tous ces forfaits pris séparément. En principe donc : autant de délits distincts, quoique connexes, quoique aboutissant à un résultat unique, autant de peines méritées, qu'elles soient ou non de nature à être subies simultanément ou l'une après l'autre.

Il y aurait également double culpabilité et double peine méritée, alors même que les deux délits seraient simultanés, ou distincts par la pensée seulement, par exemple si un fils militaire se livrait à de mauvais traitements à l'égard de son père qui serait aussi son chef dans la hiérarchie. Ici l'acte matériel est unique. On pourrait appeler *complexes* les délits de cette espèce.

Un délit peut encore être multiple à un autre égard, à savoir, lorsqu'il est répété contre la même personne ; on l'appelle délit *réitéré*. Il faut distinguer ce cas de celui de la récidive.

Lorsqu'un délit n'est puni que comme acte habituel ou collectif, par exemple l'habitude d'usure, il forme un délit *collectif* [2].

[1] Sur ce chapitre, ROMAGNOSI, *Genesi del dritto penale*, t. I, p. 216-244.

[2] Ces dénominations diverses sont parfois différentes de celles qu'on admet ordinairement, ou prises dans d'autres acceptions. — Cf. RAUTER, t. I, p. 226 et suiv.

Digitized by Google

Si l'usure est un acte civilement coupable, il n'est pas nécessaire que cet acte soit réitéré pour mériter une peine.

Le délit légalement collectif ne ressemble pas mal aux sophismes que les anciens appelaient le *sorite*, le *tas*, le *chauve*, etc. Il présente deux autres inconvénients : c'est qu'il semble n'être qu'un délit fictif, et que si la loi détermine le nombre d'actes nécessaires pour constituer le délit, on pourra en approcher impunément, tandis que si elle ne le détermine pas, il y a une sorte d'arbitraire à le faire pour elle.

Il y a *concours* de délits, à proprement parler, lorsqu'il n'y a pas entre eux *connexion*, lorsque l'un n'est pas le moyen ou la fin de l'autre; lors surtout qu'ils n'ont pas été commis dans le même temps ou envers la même personne[1].

Il ne faut pas confondre ce concours des délinquants dans la perpétration d'un même délit avec le concours des délits : plusieurs individus peuvent ne commettre ensemble qu'un seul délit, c'est le cas de la complicité; de même qu'un seul individu peut en commettre plusieurs dans le même temps.

Il n'y a concours de délits de la part de plusieurs individus agissant ensemble, qu'autant que l'acte de l'un est distinct de celui de l'autre. Il n'y a plus complicité pure et simple. Du reste, la complicité peut avoir lieu, dans un délit composé pour l'un des délits partiels, et la non-complicité pour d'autres délits connexes au premier.

En tout cas, le droit strict permet que la peine soit proportionnée au délit, et c'est pure bénignité de la part de la loi de n'infliger que la peine la plus forte de toutes celles qui sont méritées.

Cette indulgence n'a pas été admise par tous les législateurs. Le Code brésilien décide que « lorsqu'un coupable sera convaincu de plus d'un délit, on lui infligera les peines établies » par les lois pour chacun d'eux; il supportera les peines corporelles l'une après l'autre, en commençant et en continuant » de la plus forte à la moindre, et en ayant égard au degré d'intensité, non à la durée. Cependant, s'il a encouru la peine de

[1] Niccola Nicolini définit la connexion : « un rapport existant dans l'intention du délinquant, et qui a pour but, dans l'exécution, de faire servir le meurtre à l'accomplissement d'un autre crime ou délit, ou *vice versa*. » (*Principes phil. et prat. de droit pénal*, trad. franç., p. 83.)

Digitized by Google

» mort, aucune autre peine corporelle ne pourra lui être infli-
» gée; celle de l'amende pourra seule y être jointe[1]. »

S'il n'y a pas d'injustice dans la cumulation des peines, il y a du moins peu d'humanité; nous ne pouvons donc qu'applaudir à la mansuétude de la plupart des législateurs, qui ont laissé dans l'oubli les peines dues aux moindres délits pour ne frapper qu'un seul coup. Mais cette indulgence, il faut bien le reconnaître, n'est possible qu'en dehors des systèmes fanatiques de l'expiation, de la justice absolue, de l'obligation morale pour la société de faire payer au coupable jusqu'à la dernière obole. La société n'est pas moralement *obligée* de punir, elle y est seulement *forcée* par son intérêt; elle a peut-être le droit de le faire sans cet intérêt; mais ce droit, elle peut en faire l'abandon total ou partiel, quand elle croit avoir suffisamment pourvu à sa sûreté.

On peut encore entendre par concours des peines, le cumul de peines de nature différente, par exemple les peines afflictives jointes aux peines pécuniaires seulement, ou les unes et les autres aux peines infamantes.

Il y a, sous ce rapport, plus de connexité entre les peines infamantes et les peines afflictives qu'entre les peines pécuniaires et les peines corporelles. L'infamie morale est la conséquence nécessaire de toute peine grave. L'infamie civile, ou l'incapacité d'exercer certains droits domestiques, civils ou politiques, est moins étroitement attachée à la peine afflictive ou pécuniaire, et pourrait quelquefois en rester séparée.

Mais on comprend à merveille que celui qui paye de sa peau peut être dispensé de payer de sa bourse, ou réciproquement. Aussi les lois d'Athènes proscrivaient-elles la cumulation des peines afflictives et des peines pécuniaires.

L'essentiel est moins cependant de disjoindre ces peines que de les bien choisir pour chaque espèce de délits. Si un délit est de nature complexe, et que l'analogie commande une peine mixte, pourquoi ne tempérerait-on pas la peine corporelle par la peine pécuniaire, et celle-ci par celle-là, de manière cepen-

[1] Art. 61, première partie. — V. aussi le Code autrichien, art. 82, 83, 84, 87, 88. — La loi de l'État de New-York admet aussi le cumul des peines. — Le Code pénal chinois est plus indulgent que beaucoup de Codes chrétiens; il ne prononce que la peine du plus grand des délits commis. — V. *Code pénal chinois*, t. I, p. 60; cf. p. 51.

Digitized by Google

dant que les deux, prises ensemble, ne fissent qu'une peine totale qui n'excédât point la mesure du délit?

En résumé, la culpabilité va croissant du délit complexe au délit composé, en passant par le délit connexe. Quant au délit répété, il appartient à la question de la récidive. Le délit collectif est peu admissible; il appartient plus à la morale qu'au droit, et ressemble trop à une incrimination de tendance ou d'intention. Il est d'ailleurs mal défini par la loi, et ne peut guère l'être que d'une manière arbitraire. J. TISSOT.

ÉTUDES SUR L'ADMINISTRATION DE LA JUSTICE CIVILE.

Par M. LAVIELLE, conseiller à la Cour de cassation.

(*Suite*[1].)

§ 2. — *Des conclusions du ministère public.*

Ce paragraphe est la suite du précédent; il repose sur le même ordre d'idées. Aussi avons-nous peu de chose à ajouter pour établir cette proposition, que les conclusions du ministère public concourant avec le rapport du juge, offriraient un moyen de plus d'assurer le triomphe de la vérité et du bon droit.

La loi, qui exige des *rapports* dans certains cas, prescrit aussi *les conclusions du ministère* public, non-seulement dans les causes qui intéressent l'ordre public, l'État, le domaine, les établissements publics, les communes, les femmes mariées, les mineurs, les interdits, les absents, les incapables de toute espèce, mais encore dans une foule d'autres causes qui présentent des caractères d'urgence[2].

Nous comprenons très-bien cette classification, qui rattache plus spécialement certains intérêts à ce qu'on appelle l'ordre public.

Mais la justice est aussi d'ordre public; c'est l'ordre public lui-même, c'est la société tout entière.

On a dit qu'à la Cour de cassation l'avocat général donnait

[1] V. ci-dessus, p. 253.

[2] Voir l'article 83 du Code de procédure civile et les autres textes analogues.

Digitized by Google

toujours ses conclusions *parce que la loi était toujours en cause.*

Mais il en est de même devant les tribunaux ordinaires. La loi est en cause dans toutes les causes ; on n'en pourrait indiquer une seule qui n'ait pas la loi pour règle de décision et qui n'appelle l'application du droit au fait.

Si après avoir parcouru, en se pénétrant bien de l'esprit qui les a dictées, les diverses dispositions législatives qui exigent les conclusions du ministère public, on veut relire tout ce qui a été publié par les écrivains anciens et modernes sur cette grande et belle institution, sur son origine, sur ses avantages, sur ses bienfaits, on s'étonnera vraiment qu'on ait laissé une seule cause en dehors de cette puissante garantie, et qu'on l'en ait précisément déshéritée, comme pour la punir de ne point *présenter assez d'intérêt* [1].

Nous l'avons déjà dit : cette inégalité devant la loi, ce privilége accordé à certaines causes d'être mieux instruites et plus mûrement examinées que d'autres, répugnent à toutes les idées de raison et de justice.

Ajoutons ici que le rapport et le réquisitoire à l'audience rendraient plus complète et plus éclatante cette *publicité* de débats, condition tellement essentielle de la justice en France, que sans elle on ne croirait plus à la justice elle-même. Une première opinion publiquement émise ne sert pas seulement à éclairer celle des autres magistrats, elle peut aussi instruire le public et le préserver, dans certains cas, de la contagion de l'erreur et des préjugés ; et quand même cette opinion à haute voix, qui précède la délibération secrète ne serait pas adoptée, elle ne cesse pas

[1] On peut consulter, indépendamment des traités spéciaux sur le ministère public, les grands écrivains qui ont donné à la fois l'exemple et le précepte, comme *Lhospital* et *d'Aguesseau* parmi les anciens, *Merlin* et *Dupin* parmi les modernes. Ils ont trouvé de dignes émules, et la chaîne n'est pas interrompue. Aussi est-il à regretter qu'on n'ait pas encore songé à réunir, comme autrefois, les discours de rentrée prononcés dans nos Cours de justice. Ils sont, en général, très-remarquables par le choix du sujet, la pureté de doctrine et les qualités du style. Chaque année nous entendons, nous lisons des discours qui pourraient trouver place à côté des grands modèles. Pourquoi ne pas continuer le recueil commencé il y a près de deux siècles par *Laurent Gilbaut*, et intitulé *Trésor des harangues faites aux ouvertures des parlements?* La continuation de ce recueil, faite avec un sage discernement, serait pour les jeunes hommes du Palais d'un grand intérêt et d'une utilité réelle.

Digitized by Google

d'être utile; elle ouvre la voie; elle appelle l'attention, la discussion. Son erreur même peut conduire à la vérité; elle est préférable, dans tous les cas, au silence absolu trop souvent gardé par les officiers du parquet. Mieux vaudrait peut-être les laisser dans leur cabinet que de les exposer ainsi à l'audience : ils doivent y éprouver quelque embarras. Nulle part on n'aime les rôles inutiles, et comment qualifier autrement celui du magistrat qui entend discuter devant lui les intérêts les plus graves, les questions les plus délicates, et qui ne dit pas un mot, ni à l'audience où il pourrait parler, ni dans la chambre du Conseil où il ne le peut pas, se condamnant ainsi volontairement à rester spectateur indifférent, témoin impassible, silencieux et comme sourd-muet des débats qui s'agitent en sa présence.

Et ce silence, il le garde sous prétexte que la cause, si importante qu'elle soit, n'est pas *communicable;* et même dans celles qui le sont, ne le voit-on pas trop souvent *s'en remettre à justice?* Et il s'imagine cependant avoir conclu! Et la jurisprudence l'entretient dans cette illusion; car on sait que, pour sauver les jugements d'une nullité de plus, la Cour de cassation décide que *s'en remettre à justice* c'était réellement conclure; oui, dans le sens du Code; mais dans celui de la vérité, du devoir, de la bonne administration de la justice! on ne prend même pas la peine de dire : *La demande doit être accueillie ou rejetée;* ce serait trop long; cela supposerait un examen, et on n'en veut pas absolument. « Accueillez ou rejetez, peu m'importe; faites comme il vous plaira; je n'ai rien lu, rien écouté; je n'ai rien à dire, je m'en lave les mains, *je m'en remets.* »

Et remarquez bien que cette étrange déclaration, ce déni de conclure, même quand la loi exige des conclusions, n'empêche pas le greffier d'écrire sérieusement : « Ouï le ministère public dans ses conclusions verbales et motivées. » *Verbales*, oui; mais *motivées!* Ils seraient quelquefois bien tristes à donner les motifs qui empêchent quelques officiers du ministère public de parler même dans les causes communicables. Ne font-ils pas ainsi l'aveu public de leur impuissance et de la vanité de ces insignes qu'ils étalent complaisamment sur un siége qui semble occupé et qui ne l'est pas?

Toutefois, n'exagérons rien, et reconnaissons que dans plusieurs ressorts les officiers du ministère public, cédant aux sages conseils de leurs chefs, à défaut des prescriptions de la

Digitized by Google

loi, prennent la parole, donnent des conclusions dans presque toutes les affaires civiles, qu'elles soient ou non communicables. Cet usage ne peut tarder à devenir général, et la loi n'aura qu'à le sanctionner, si toutefois une loi est nécessaire.

On peut se demander, en effet, si les instructions de la chancellerie et des chefs de parquet ne suffiraient pas. Et, à ce propos, nous ne croyons pas commettre une indiscrétion en rappelant ici le passage suivant d'une circulaire adressée, le 26 mai 1853, par M. *Rouland*, ministre de l'instruction publique, alors procureur général près la Cour impériale de Paris, aux parquets de son ressort :

« Je verrai avec plaisir les membres du ministère public *accepter pour règle qu'ils doivent conclure dans toutes les affaires civiles*, MÊME NON COMMUNICABLES. L'abstention dans les affaires de peu d'intérêt ou de peu de difficulté constituerait l'exception. Pour les magistrats du parquet, les moyens de se former à la pratique intelligente des choses judiciaires, et à l'application si difficile du droit au fait, est l'intervention fréquente dans les débats d'audience et l'étude attentive des procédures et du dossier. Quiconque ne sait pas la vie intime des affaires litigieuses ne peut pas surveiller d'une manière utile et éclairée la marche et les détails si multiples de l'administration de la justice civile. — Quiconque n'est pas jurisconsulte, ou ne cherche pas à le devenir, *manque de force et d'autorité*. Je ne saurais donc recommander avec trop d'insistance à nos substituts l'étude du droit, l'observation de la pratique et le travail des affaires civiles. »

Ces sages conseils ont été écoutés; ils sont suivis avec une louable émulation. Elle a facilement triomphé de toutes ces objections que nous avons rencontrées et prises, soit de l'insuffisance du personnel, soit de la crainte d'entraver l'expédition. Elles n'arrêtaient pas, ces objections, l'ancien procureur général du ressort de Paris, le plus occupé de tous les ressorts. Comment les autres pourraient-ils les renouveler? Il savait bien, l'éminent magistrat, combien il est aisé d'en triompher! Il n'y a qu'à le bien vouloir; il n'y a qu'à travailler sérieusement; tout alors devient facile.

Dans son compte rendu de 1855, M. le garde des sceaux comparait l'activité des procédures criminelles avec les lenteurs des procédures civiles, et il indiquait pour cause principale de cette

Digitized by Google

différence l'intervention du ministère public dans les premières et son abstention dans les autres.

Qu'il intervienne dans toutes, qu'il se réunisse et s'entende avec un membre de la compagnie pour élaborer d'avance le meilleur projet de solution, comme au Conseil d'État, comme à la Cour de cassation : alors les tribunaux, à l'exemple de ces deux grandes compagnies, offriront, comme elles, une garantie de plus de cette *prompte et bonne justice*, considérée à toutes les époques comme le premier besoin des peuples et le premier devoir des gouvernements.

§ 3. — *De la délibération et de la rédaction des jugements et arrêts.*

On répète souvent que la nécessité de motiver les décisions judiciaires est un des bienfaits de la révolution française ; mais ce bienfait remonte aux temps les plus reculés de la monarchie.

Écoutons M. le président *Henrion de Pansey :*

« Dans notre nouvelle organisation judiciaire, dit-il (t. Ier, p. 245), les juges doivent consigner dans leurs jugements *les motifs de leurs décisions;* les anciennes ordonnances de nos rois leur imposaient *la même obligation;* mais plus prévoyantes et plus sages que les lois nouvelles, elles ne se bornent pas à dire comme elles *les jugements seront motivés;* elles portaient leur sollicitude beaucoup plus loin. Elles assujettissaient la rédaction des jugements à des règles telles que les motifs qu'ils renferment soient nécessairement ceux qui ont déterminé l'opinion de la majorité. »

Et il rapporte, d'après *Dumoulin*, un arrêt du 13 avril 1327, motivé avec une justesse et une précision remarquables.

Écoutons encore, sur ce point, un autre premier président de la Cour de cassation :

« Il n'est pas jusqu'à la rédaction des jugements qui n'ait aussi ses règles, disait M. le premier président *Portalis* dans le mémoire remarquable dont nous avons déjà parlé. La déclaration du principe de droit, qui est le fondement de l'arrêt ; la détermination exacte et circonstanciée de l'espèce, l'application logique de la loi à cette espèce, le tout exprimé sans ambiguïté, en termes impératifs, tels sont les caractères principaux du style des arrêts. » (P. 116.)

On sait que l'ordonnance de 1667 ne renouvela pas l'obliga-

Digitized by Google

tion de motiver les jugements. Cette rédaction fut abandonnée, sous la surveillance du président, aux greffiers de service, sauf dans les affaires à rapport, où le rapporteur devait lui-même déposer *le dictum*[1].

La loi du 24 août 1790 et les lois subséquentes jusqu'à celle du 20 *avril* 1810, qui fut la dernière, vinrent renouveler expressément et à peine de nullité l'obligation de motiver les jugements (V. l'art. 7 de cette dernière loi).

Mais il faut convenir que les premières de ces lois étaient singulièrement exécutées.

Il n'était pas rare, à cette époque, de voir un juge, peu confiant en lui-même, charger le défenseur officieux de rédiger la décision favorable à son client. On sait les inconvénients de cette messéante substitution. Certains avocats, trop pleins de leur sujet, le faisaient déborder dans le jugement; ils transformaient en *considérants* leurs argumentations de l'audience; quelquefois le plaidoyer y passait tout entier avec ses citations et ses mouvements oratoires[2].

Et quand les juges de ce temps-là se hasardaient à rédiger eux-mêmes, c'était en général avec une telle abondance qu'on ne pouvait discerner la raison décisive, ou un tel laconisme qu'on l'apercevait bien moins encore.

De ce double abus en sens inverse, nous sommes obligé d'avouer qu'il reste encore quelque chose.

Au lieu de ce style net et précis, image de celui de la loi, certains jugements (qui, à la vérité, deviennent tous les jours plus rares) renferment des dissertations *ex-professo*, où le rédacteur, comme pour lutter avec les avocats, les suit complai-

[1] Art. 15, tit. 2 et suiv., tit. 26 de l'ordonnance de 1667.

[2] Nous pensions qu'un pareil abus n'existait plus, et qu'il fallait le reléguer dans les souvenirs de certains tribunaux électifs qu'on voulait nous rendre naguère, sous prétexte que l'*élection* devait nous consoler de l'*inamovibilité*. Cependant nous lisons dans l'estimable ouvrage de M. l'avocat général *Massabiau*, t. I, p. 104 : « Il s'est introduit un abus déplorable dans cette partie de l'administration de la justice; la rédaction du jugement, *au lieu d'être l'ouvrage du magistrat, est trop souvent abandonnée à l'avoué qui a gagné son procès*. Le ministère public ne saurait trop s'élever contre un si pernicieux usage, et il doit réunir tous ses efforts pour le faire disparaître. S'il ne peut pas réussir, son devoir est de le dénoncer à l'autorité supérieure, pour qu'elle y porte remède. »

M. *Pigeau* (t. I, p. 702) signale aussi tous ces inconvénients et ces dangers.

Digitized by Google

samment dans toutes leurs argumentations, et n'en laisse pas une seule sans réponse. Il est bien difficile qu'au milieu de ce luxe de *considérants* il ne s'en rencontre pas quelqu'un de peu orthodoxe, et que le juge supérieur ne soit obligé de le redresser, même quand il confirme le *dispositif* qui, lui-même, peut être compromis par des motifs non juridiques.

Tantôt, disons-nous, c'est l'excès contraire. A force d'être bref, le motif est obscur, *brevis sum, obscurus fio ;* — quelquefois même il manque entièrement; *quelquefois!* L'expression est trop ménagée; nous devrions dire *souvent, trop souvent*, et la répéter bien haut, dans l'intérêt de la justice et des justiciables. Il s'écoule, en effet, peu de *semaines* où la Cour de cassation n'ait à prononcer sur le moyen de nullité tiré *du défaut de motifs*, c'est-à-dire la violation de l'article 7 de la loi du 20 avril 1810.

Sans doute, la nullité n'est pas toujours accueillie; mais, alors même qu'elle est rejetée, la Cour est obligée de reconnaître qu'une rédaction négligée, insuffisante, a servi de texte ou de prétexte à ce moyen.

Il se reproduit notamment dans le cas où une Cour confirme le jugement attaqué, *en adoptant ses motifs* sans faire attention que de nouvelles conclusions ont été prises devant elle, et que les motifs adoptés ne répondent pas, ne peuvent pas ordinairement répondre à ces conclusions nouvelles.

Il se reproduit encore, comme nous l'avons déjà fait remarquer, quand *les dernières* conclusions ne sont pas exactement rapportées dans *les qualités*, quand un chef est omis, ajouté ou abandonné en plaidant.

Il serait cependant si facile d'éviter ces nullités et tant d'autres! Il faudrait pour cela si peu de soins et d'attention! Quoi de plus simple, en effet, que de répondre à chaque chef de conclusion par un motif direct, ou du moins par un motif général qui embrasse tous ces chefs? Ceci n'exige pas une grande habileté de rédaction, un pénible effort de l'intelligence.

Que dire encore de cette formule souvent renouvelée :..... « Attendu que *le moyen n'est pas fondé ?*..... » Pourquoi n'est-il pas fondé? Un seul mot qui l'indique, et l'arrêt est sauvé! Mais ce mot on ne veut pas le dire, et les meilleures décisions sont journellement cassées pour ces négligences, pour ces inatten-

Digitized by Google

tions, au vif regret de la justice et au grand dommage des justiciables[1].

Nous avons dit que les arrêts étaient généralement préparés et rédigés autrefois selon le mode suivi à la Cour de cassation, mode que nous proposons d'étendre à tous les tribunaux. Il n'est pas, dès lors, sans intérêt de rappeler quelques anciennes règles à cet égard.

« Six jours après qu'un arrêt aura été rendu, porte l'art. 3 de l'ordonnance de Philippe de Valois du 11 mars 1344, le juge chargé de la rédaction le rapportera à la chambre, et cela lui est enjoint sous serment. »

Et de crainte que les rédacteurs ne soient pas assez dociles aux observations de leurs collègues, l'art. 4 ajoute : « Ils lisent leur arrêt, et que sitôt qu'on leur dira la correction, ils la fassent, écrivent et relisent. »

Et afin que la rédaction de ces arrêts ne détourne pas l'attention du rapporteur des autres causes à juger dans la même audience, il leur est enjoint par l'art. 8 « de faire leurs arrêts *en leur maison, après dîner ou de nuit*, et non pas en la chambre, s'il n'était besoin d'en parler à leur compagnie. »

Ainsi que le remarque M. le président *Henrion de Pansey*, ces anciennes ordonnances ne réglaient pas seulement le mode de la rédaction, mais aussi celui de la délibération, deux genres de travaux qui se lient essentiellement, et dont l'un n'est que la suite et le complément de l'autre.

La *sobriété* dans le développement des opinions était surtout recommandée, les *répétitions* sévèrement interdites.

« Au conseil, quand aucun dit son opinion, porte la même ordonnance, il ne doit toucher ni dire nommément *ce qui a été touché et dit en sa présence.* »

Et, pour éviter le désordre de la délibération et empêcher que tout le monde ne parlât à la fois, ce qui s'est vu même de nos jours, et ailleurs qu'au Palais, les interruptions étaient rigoureusement défendues. « Et trop souvent advient, ajoute la même ordonnance, que sans demander, chacun parle, pour quoi *l'on devrait faire quatre arrêts là où il n'en faut qu'un.* »

[1] Dans l'espèce de l'une de ces nombreuses décisions, une exception avait été rejetée *parce qu'elle n'avait pas le sens commun.* On pouvait le dire à plus juste titre du motif lui-même. Aussi la Cour de cassation le dit-elle, en cassant la décision *pour défaut de motifs.* (Sirey, 1833, 1, 414.)

Digitized by Google

Ce tour vif et presque familier se retrouve souvent dans les vieilles ordonnances. Celle de 1446 avait prévu le cas où le président, avant de recueillir les opinions, se hâterait de montrer la sienne, ce qui fut sévèrement interdit dans la crainte que l'autorité de cette opinion n'exerçât quelque influence sur celle des autres magistrats.

« Ordonnons, dit l'art. 14, que les présidents *oyent bénignement* les opinions des conseillers en faisant le jugement des procès, et ne disent chose pour quoi leur opinion *puisse être aperçue*, jusqu'à ce que tous les conseillers présents au jugement *aient dit leur opinion*, sauf, toutefois, si par le président, rapporteur ou autres, était aperçu qu'un des opinants *errât en fait*, ils l'en pourraient avertir. »

Le secret des délibérations, qui forme aujourd'hui un des éléments de notre serment professionnel, était soigneusement recommandé, et sa violation punie avec rigueur. Aussi les exemples de cette violation étaient-ils fort rares. On ne les retrouve encore que dans ces temps révolutionnaires, où quelques magistrats, oubliant leur dignité pour faire du zèle, s'en allaient porter les secrets du sanctuaire aux agents du pouvoir, dont ils sollicitaient les faveurs en échange de l'estime qu'ils ne pouvaient plus leur garder.

Les mêmes ordonnances s'occupaient aussi des avocats et des procureurs, dont *la prolixité* était punie d'amende, ainsi que *l'ignorance* et même *l'erreur manifeste* du juge[1], dispositions qui, bien exécutées, auraient dû, selon la remarque trop libre d'un ancien, donner des revenus considérables au trésor public.

Il serait inutile de rapporter ici les nombreux préceptes écrits dans ces ordonnances, touchant les autres devoirs des magistrats, la dignité de leur vie privée, leurs sérieuses études, leur amour de la justice en toutes choses, leur fermeté, leur indépendance, etc. On aime à relire ces préceptes dans leur style primitif, malgré les magnifiques traductions de nos plus célèbres orateurs judiciaires.

Tous ont puisé à cette source féconde leurs plus belles pages, et, chose remarquable, il n'est pas dans leurs discours, dans leurs chefs-d'œuvre, une grande pensée, une idée utile dont le

[1] Ordonnance de 1446 (art. 25) et du mois de mars 1499 (art. 78).

Digitized by Google

germe ne se retrouve dans les vieilles ordonnances de nos rois. Notre organisation judiciaire elle-même, le décret du 30 mars 1808, la loi du 20 avril 1810, le décret du 6 juillet de la même année, tous, enfin, n'ont fait que reproduire ces anciennes dispositions, en les dépouillant, toutefois, de certaines rigueurs qui semblaient ne plus convenir à nos mœurs et à notre époque.

C'est une étude pleine d'intérêt que de rechercher l'origine, la filiation de nos institutions judiciaires dans les monuments des siècles passés.

Un auteur que nous aimons à citer, et dont nous demandons la permission de parler encore, M. le président de *Larocheflavin*, fut un des premiers commentateurs de nos vieilles ordonnances. Le commentaire est digne du texte; le style en diffère peu. Il rappelle par son charme naïf celui d'*Amyot* et de *Montaigne*, dont les ouvrages, plus littéraires, ne précédèrent le sien que de quelques années.

Il disait dans sa préface : ..... « Conseiller au parlement de Paris, premier président de la chambre des requêtes à Toulouse, conseiller au conseil privé de Sa Majesté, pour me rendre capable de telles charges (qui lui furent données par Henri III), je me suis penné, depuis trente-six ans, à fureter et voir les registres des parlements, et remarquer, observer et extraire d'iceux tout ce qui semblait être bon, propre et utile, pour *m'approcher* de la perfection de la magistrature; *car d'y parvenir, il est impossible.* »

On comprend qu'après de si longues recherches, et avec de si nobles intentions, le livre de *Larocheflavin* soit *beau et curieux*, selon l'expression de ses biographes [1].

Cependant qui le croirait? Ce beau livre du président du parlement de Toulouse fut condamné par ce parlement lui-même. L'arrêt est du 12 *juillet* 1617 [2]. Nous l'avons longtemps cherché dans tous les écrivains de l'époque, car nous étions impatients de connaître les motifs de cette condamnation, les circonstances de cet ancien *procès de la presse.* Mais, d'après ces mêmes auteurs, l'arrêt ne se trouvait que dans *les manuscrits de M. Dupuy.* Nous n'avons pas pu nous procurer ces manuscrits, et

[1] V., entre autres, la *Bibliothèque historique* du *père Lelong* (t. III, p. 232), *Terrasson*, *Taysand*, *Michaux*, etc.

[2] Et non du 10 *juin* 1607, comme on l'a imprimé par erreur dans un ouvrage récent.

Digitized by Google

nous serions encore à chercher le fameux arrêt de 1617 si un magistrat distingué, un honorable président de la Cour impériale de Toulouse, notre ancien collègue à la Chambre des députés, n'avait eu l'obligeance de nous envoyer une copie de cet arrêt, puisée, non dans les manuscrits de M. *Dupuy*, mais dans ceux autrement précieux et authentiques de M. de *Malenfant*, ancien greffier du parlement de Toulouse, celui-là même qui tenait la plume dans ce fameux procès, et qui fut même chargé de la partie de son exécution, qui tendait *à rompre et à lacérer* tous les exemplaires de l'immortel ouvrage.

Ce greffier du parlement de Toulouse, malgré sa déférence bien naturelle pour l'illustre compagnie à laquelle il était attaché, n'hésite pas, pressé par sa conscience, d'intituler ainsi la condamnation : *Arrêt injuste contre M. de Larocheflavin.*

Voici le texte de cet arrêt, qui n'a encore été imprimé nulle part : « Sur la requête verbalement faite par le procureur général du roi, concernant certain livre intitulé : *Treize livres des parlements de France*, mis en lumière par *M. Bernard de la Roche*, président aux requêtes du Palais, imprimé à Bordeaux par Simon *Milanges*, imprimeur du roi ; vu ledit livre et articles fournis par le procureur général, et ouï sur iceux ledit sieur de la Roche ; la Cour, les chambres assemblées, a ordonné et ordonne que remontrances seront faites audit de la Roche sur le sujet dudit livre, et que ycelui contenant plusieurs faits faux et supposés, tendant à la diffamation tant de ce parlement que des autres parlements de ce royaume, et de plusieurs officiers d'yceux vivans et décédés, *sera rompu et lacéré* par le greffier de la Cour, en présence dudit sieur de la Roche, et que tous les imprimés d'ycelui seront supprimés, faisant inhibitions et défenses à tous imprimeurs, libraires et tous autres, exposer en vente ledit livre, à peine de 4,000 livres d'amende et autre arbitraire ; néanmoins qu'à la diligence dudit procureur général du roi, tous les exemplaires qui s'en trouveront tant dans le ressort de ladite Cour qu'ailleurs, seront retirés *aux frais dudit de la Roche*, pour être pareillement *rompus et lacérés*, et à cet effet sera ycelui de la Roche tenu consigner la somme de ?,000 *francs dans huitaine*, au greffe de la Cour, sans préjudice de plus ample dédommagement s'il y écheoit ; et lui a fait et fait inhibitions et défenses faire imprimer ni mettre en lumière *aucuns autres livres*, et pour la faute commise par lui ladite Cour *l'a*

Digitized by Google

suspendu et suspend pour un an de son état et office de président des requêtes. — Fait à Toulouse, en parlement, le 12 juin 1617. Et à l'instant ledit de la Roche fut mandé venir ouïr la prononciation de son arrêt; et lui entré dans la chambre, et étant derrière le barreau des présentations, debout et tête nue, messire *Gilles le Mazuyer*, premier président en ladite Cour, lui a fait les susdites remontrances et prononcé le susdit arrêt; et ce fait, ledit *livre a été rompu et lacéré, en sa présence, par le greffier de la Cour, Me Étienne de Malenfant.* »

La postérité aurait cassé cet arrêt s'il ne l'avait été en quelque sorte du vivant même de l'auteur. « La condamnation porta bonheur au livre, dit le dictionnaire de Michaud, car il fut imprimé plusieurs fois. »

La plus belle édition est celle *in-folio*, imprimée à Bordeaux en 1618[1], une année après la condamnation, ce qui fait penser que le parlement lui-même, revenu de ses préventions, ne tint pas une main très-sévère à l'exécution d'un arrêt qu'il dut certainement regretter; car cette nouvelle édition, qui était déjà par elle-même une protestation contre l'arrêt qui venait de faire lacérer la première, contient, dès les premières pages, des stances latines et françaises à la louange de l'auteur condamné. Ces vers, qui laissent peut-être quelque chose à désirer sous le rapport littéraire, furent dictés par la bonne pensée de consoler l'auteur des sévérités de sa compagnie, et celle-ci continua de garder le silence, malgré les soins rigoureux qu'elle mettait ordinairement à faire respecter ses décisions, alors surtout qu'on se permettait de les censurer publiquement[2]. Mais quelle fut donc la véritable cause de ces sévérités?

Serait-ce que l'ouvrage était lui-même trop sévère?

Cependant il renferme un chapitre sur *l'indulgence* et *les égards* que se doivent mutuellement les membres d'une même compagnie : « Pour la tuition et la défense de la république, dit-il, les magistrats doivent être d'accord et unis en bonne

[1] Elle est très-rare. Celle in-4°, imprimée à Genève en 1621, est plus répandue, mais elle laisse beaucoup à désirer.

[2] Les stances françaises commencent ainsi :

On craignait que le temps et la rigueur du sort
Ne permettraient qu'au jour tu misses ton ouvrage,
Car sur tes beaux desseins *ils vomissent leur rage*,
Et contre la vertu ils font le plus d'effort.

Digitized by Google

amitié, et ne pas imiter surtout *Agesilaüs*, roi des Lacédémoniens, qui, quoiqu'il fût des plus illustres qui furent oncques, pour ravaler le crédit et autorité de *Lysandre*, cassait toutes ses sentences et jugeait tout le contraire, comme il dit, *en dépit de lui seulement.* »

A la manière dont l'auteur nous parle de cette douce confiance, de cette estime affectueuse, qui doivent régner entre collègues, il est aisé de voir qu'il avait siégé au conseil du roi, remplacé aujourd'hui par la Cour de cassation, qui, parmi tant de bonnes traditions, se plaît à conserver celle-là comme une des meilleures. Elle allége le poids du travail; elle calme les souffrances morales et physiques. Ce n'est pas un vain mot que celui de *famille judiciaire.*

Il est vrai que l'auteur était si vivement pénétré de la sainteté de son sacerdoce que les plus légères infractions étaient par lui relevées avec une franchise qui n'était pas toujours exempte de quelque rudesse; mais ce n'était point de la *diffamation*, comme on l'a dit; elle n'entra jamais dans la pensée de l'auteur. Il écrivait des règles générales. Tant pis, disait-il lui-même, pour ceux qui s'y reconnaissaient.

Son livre est une longue mercuriale contre l'indifférence du culte judiciaire; c'est le manuel ou, pour mieux dire, le Code, l'évangile le plus complet de la magistrature entière. Il élève cette profession au-dessus de toutes les autres. Il en parle avec amour, avec respect, avec passion. Il ne se borne pas à tracer les grands devoirs publics et privés des magistrats; il veut qu'ils soient, en toutes choses, l'exemple et le modèle des autres citoyens. Il les suit au palais, hors du palais, dans leur intérieur. Il descend aux détails familiers de la vie domestique. Il recommande la décence des habits, la simplicité des meubles, la frugalité de la table. Il trace d'autres règles de conduite et de tenue, qui feraient sourire nos mœurs actuelles. Il autorise ses préceptes d'exemples anciens et modernes de faits et anecdotes répandus à pleines mains dans tout l'ouvrage.

Il énumère, avec trop de soin peut-être, les infirmités d'esprit incompatibles avec la magistrature. Il ne pardonne pas à un conseiller du parlement de Toulouse, « *hébété dans son sens*, d'avoir néanmoins retenu son état jusqu'à son trépas. »

Il n'était guère plus indulgent pour les infirmités corporelles; il les passe toutes en revue comme un chef de clinique, et, bien

Digitized by Google

qu'il ne les déclare pas toutes incompatibles avec la magistrature, il conseille *de ne pas aller les étaler en public*[1].

Il était surtout inexorable pour les pauvres sourds ; il les exclut d'une manière absolue, et à tout âge. Il leur rappelle sans pitié cette vieille épigramme gauloise :

Un sourd fit un jour ajourner
Devant un sourd en un *village*,
Puis vint hautement entonner
La demande, étant d'un *fromage;*
L'autre répond du *labourage;*
Sur quoi le juge fort suspens
Déclara bon le *mariage*,
Et les renvoya sans dépens.

Fidèle aux traditions de l'antiquité, il entoure la vieillesse de déférence et de respect, et, après avoir emprunté à l'Iliade une longue comparaison mythologique, il résume son *discours* dans ces mots si simples : *La justice aime la vieillesse* (p. 743).

Ce n'est pas qu'il conseille aux magistrats d'attendre sur leur siége un âge trop avancé; il consacre, au contraire, deux chapitres à démontrer *qu'il ne faut pas trop s'envieillir au Palais ni autres charges publiques* (p. 815 et suiv.).

Et, chose singulière, il rapporte un fait de 1583, qui présuppose la loi du 19 juin 1824 et qui semble en être la première, ou, pour mieux dire, l'unique application.

« J'ai vu en l'an 1583, dit-il, étant au parlement de Paris, en la chambre de la Tournelle, président en icelle, le sieur *de Pibrac,* que par *délibération non écrite* il fut dit à M. *Enjorlan,* conseiller en icelle, *qu'il se reposât,* et permit l'exercice de son état à son fils, qui était reçu à la survivance d'icelui plus de dix ans auparavant, et ce pour les inconvénients ordinaires de sa vieillesse et décrépitude que la chambre ne pourrait souffrir, ayant donné occasion aux Parisiens, audit temps, de dire *que*

[1] Il allait jusqu'à conseiller aux magistrats de n'avoir pas de chiens dans leur logis, non à cause de l'*impôt,* auquel on ne songeait pas encore, mais parce que des chiens malfaisants pourraient *mordre* et *effrayer* les pauvres plaideurs, « comme j'ai vu de notre temps, dit-il, un conseiller au présidial du Rouergue mort de la blessure d'un chien du cardinal d'*Armagnac*, reçue en sa chambre à l'évêché de Rhodez, où il était allé pour faire la révérence audit sieur cardinal, car la morsure ayant traversé *la botte*, la gangrène prit à la plaie et morsure. »

Digitized by Google

ledit sieur, son clerc et sa mule avaient deux cents ans, tant tous étaient vieux. »

Il est facile de voir par ces citations que l'auteur n'aurait pas adopté, pour la retraite forcée des magistrats, ni la loi trop conflante du 19 juin 1824, ni le décret trop rude du 1er mars 1852, qui, pour corriger un mal réel, est tombé dans un pire, et a dépassé le but sans l'atteindre. Il aurait pris entre les extrêmes le tempérament indiqué par les projets de loi de 1849 et de 1850, adoptés successivement par deux commissions du Corps législatif, ainsi que le constatent deux remarquables rapports présentés par MM. Rouher et de Crouseilhes, sur le projet d'organisation judiciaire [1].

Ces projets semblaient suffire, en effet, aux inconvénients signalés. Ils n'atteignaient que les incapacités *réelles*. Ils étaient exclusivement dirigés contre ces incapacités et non contre l'âge. Ils ne frappaient pas en aveugles. Ils honoraient à la fois la vieillesse et la magistrature, au lieu de les affliger l'un et l'autre par ce divorce forcé, par cette incompatibilité fatale, basée sur une présomption qui reçut, à l'instant même où elle fut décrétée, de si éclatants démentis, renouvelés tous les jours parmi nous, sans compter ceux de l'histoire et des grands corps de l'État dans tous les pays civilisés. Notre auteur aurait fait meilleur compte dans sa noble franchise de quelques pauvres juges doublement sourds, infirmes de corps et d'entendement, et les eût *invités au repos* à tout âge, comme ses collègues de 1583, pour l'honneur de la robe, l'intérêt de la justice et la dignité de ces magistrats eux-mêmes.

Il n'aurait pas très-bien compris non plus la différence établie par le décret entre les magistrats de la Cour de cassation et ceux des autres Cours et tribunaux, différence qui a déjà produit et produira encore cet étrange résultat que tel, premier président de Cour impériale, réputé incapable de siéger dans sa compagnie, à *soixante-dix ans*, sera néanmoins apte jusqu'à *soixante-quinze* à reviser et à casser les arrêts de cette compagnie elle-même! Mais il faut respecter le décret tant qu'il existera. Nous ne serions pas même revenus sur cette grande question si elle n'avait été traitée, il y a plus de deux siècles, par le savant auteur dont nous examinons les travaux.

[1] Voir les deux rapports dans le *Moniteur*.

Digitized by Google

Il s'inquiétait surtout du sort de ces magistrats vieillis sur leur siége : « Il serait à désirer, dit-il (p. 817), que le magistrat qui fait sa retraite sur un vieux âge ne fût *incommodé de moyens*, car la vieillesse et la pauvreté sont les plus grandes persécutions de la vie, quand elles attaquent l'homme *ensemble*. — *Paupertas et senectus gravissimâ in rebus humanis mala sunt* (Eschin.). »

L'auteur consacre un chapitre entier au devoir des juges *en retranchement des procès*.

Il est impossible de montrer une haine plus vigoureuse contre les hommes de palais, qui, au lieu d'éteindre ou d'abréger les procès, les entretiennent et les prolongent. Nous voudrions pouvoir citer tout ce chapitre. Il aurait mieux trouvé sa place, peut-être, dans celui où nous avons parlé de la *conciliation*. « Dieu ne peut avoir de victime plus agréable, dit-il, que celle d'un procès égorgé sur les autels..... Volontiers nous ferions le même souhait que faisait *Caligula*, empereur, qui désirait que tout le peuple romain n'eût *qu'un chef pour le couper d'un seul coup;* car nous voudrions que tous les procès n'eussent *qu'une tête* et que d'un seul coup on la pût si bien trancher que la race en fût à jamais détruite et perdue, etc. »

Il cite un mot de Charles-Quint, qui attribuait à l'humeur guerrière des Français les distractions qu'ils se donnent, en temps de paix, de *guerroyer entre eux par procès*. « En un seul bailliage de ce royaume, dit-il, il y a plus d'instances et de procès qu'en toutes les Allemagnes, qui sont trois fois plus grandes que la France. »

Il poursuit sa *statistique* dans l'intérieur du royaume, en signalant les provinces les plus *litigieuses*. On nous permettra bien de rapporter ce passage, écrit depuis plus de deux siècles, et qui doit se trouver aujourd'hui sans application.

Il commence par les *Normands* (p. 577) : A tout seigneur, tout honneur.

« Ils sont si jaloux de leurs procès que s'en allant au parlement de *Rouen* pour plaider, ils aiment mieux exposer leurs personnes aux péril et danger de l'eau, en y allant par bateau, *que leurs procès qu'ils font apporter, par leurs laquais, par terre. Les Auvergnats de la Limagne* plaident sans fin et trouvent toujours nouvelles occasions de procès. *Le Poitevin* forgerait un procès sur le manche d'un balai, sur un pied de mouche ou sur une pointe d'aiguille. *Le Limousin de la Souterraine* aime tant

Digitized by Google

le procès que pour une rabe ou *rabiolle*, il quitte sa maison de famille pour aller bien loin, au parlement de *Bordeaux*, suivre son procès. *Le Percheron*, pour ne laisser anticiper sur lui un *rayon de terre*, se trouve en peu de temps appauvri, en plaidant, de *trois ou quatre arpents*. *Les gentilshommes Manceaux*, pour une *course de lièvre* sur leurs terres ou fief sans congé. *Les Angevins*, pour leurs *armoiries* mises plus haut, ou au meilleur côté de l'église, ou ailleurs colloquées qu'en leur endroit, dépensent souvent la plus grande part de leurs fiefs et terres, et souvent la vie en duels et combats. *Les Albigeois* étaient anciennement estimés si grands plaideurs qu'on disait qu'ils naissaient avec *un libelle appellatoire à la main*; et ainsi de plusieurs autres, outre lesquels je ne veux pas omectre ce que les historiens ont écrit d'un *Millon d'Illiers*, par aucuns dit évêque de *Chartres*, par les autres évêque de *Lusson*, et qui était si grand plaideur que le roi Louis XI, sur les plaintes de ses parents, voisins et diocésains, lui avait enjoint de quitter ses procès, ou les accorder ou arbitrer pour vivre en repos. Il le supplia lui en laisser *deux ou trois douzaines* pour s'ébattre et ne pas *s'anéantir à l'instant*, ajoutant que s'il quittait cet exercice il ne serait plus craint[1]. »

Quand il poursuit ainsi de ses railleries et de son indignation les *feseurs* et les *entreteneurs* de procès, l'auteur ne s'inspirait pas seulement des ordonnances de Philippe de Valois et de Charles VII, mais aussi de l'esprit du souverain sous lequel il écrivait.

On sait, en effet, qu'*Henri IV*, qui ne pouvait concevoir un *juge assez méchant* pour juger contre sa *science et conscience*, ne comprenait pas davantage qu'il fît durer les procès par sa *négligence ou sa malice*.

Il aimait à répéter ce qu'il avait dit aux députés de *Beauvais*, en 1594 : « Si Dieu me prête vie, je veux établir parmi vous le même ordre qui règne dans mon pays de *Béarn*. Les procès les plus longs n'y durent que *trois mois*, et ne sont si hardis les juges de prendre des épices qu'à *la plus petite mesure*. »

1 Monsieur, tous mes procès allaient être finis;
Il ne m'en restait plus que deux ou trois petits;
L'un contre mon mari, l'autre contre mon père
Et contre mes enfants; ah! monsieur, la misère!
Mais vivre sans plaider, est-ce contentement?
(RACINE, *les Plaideurs*.)

Digitized by Google

« L'un des projets auquel il voulait travailler avec le plus d'ardeur, dit son principal historien, c'était de retrancher *les longueurs et les chicanes des procès.* Presque toutes les fois que son chancelier et *Achille de Harlay*, son premier président, le venaient voir, *il les conjurait* d'en trouver les moyens, afin que son peuple ne fût plus tourmenté par cette guerre de l'écritoire, quelquefois plus ruineuse que celle des armes. »

« ..... Il disait souvent que si Dieu lui fesait la grâce en sa vieillesse d'aller deux ou trois fois la semaine au parlement et à la chambre des comptes, comme y allait le bon roi Louis XII, *pour travailler à l'abréviation des procès et mettre un si bon ordre à ses finances, qu'à l'avenir on ne pût les dissiper*, ce devaient être là, ajoute l'auteur, ses dernières promenades[1]. »

« Une maxime chère à Henry, dit un autre écrivain, était que la justice *est une des colonnes de l'État.* Il veillait toujours avec soin *sur l'administration des tribunaux*, soit qu'il eût remarqué quelques abus en *Béarn*, soit qu'il voulût les prévenir. Il nomma une commission de personnes distinguées par leur mérite, pour examiner *tout ce qui concernait la justice.* Les commissaires rédigèrent un règlement qui rendit les jugements *plus prompts et moins chers.* Les avocats devaient rendre compte des faits aux gens du roi et se concilier en leur présence s'ils parvenaient à s'accorder sur la vérité des faits; le tribunal devait les entendre à l'instant même, et prononcer son jugement à l'audience sans délai et sans frais. S'il restait quelque incertitude sur les faits, le tribunal permettait alors aux avocats d'écrire avec clarté, avec brièveté; les répétitions et les digressions leur étaient sévèrement interdites, enfin, le *rapporteur* devait faire prononcer le jugement dans six semaines au plus tard; et la plus grande modération dans la taxe du rapport était recommandée aux membres du conseil[2].

On nous pardonnera de citer souvent *Henri IV*, car nous autres Béarnais, élevés près de son berceau, nous mêlons involontairement sa mémoire vénérée à tous nos souvenirs. Le temps n'a pas affaibli ce culte populaire. Il n'est pas un de nos paysans qui, dans sa naïveté un peu orgueilleuse, ne considère *le bon Henri* comme de sa famille. Il ne faudrait pas lui en mal

[1] *Hardoin de Péréfixe*, p. 464 et 466 de la nouvelle édition.
[2] *Essais sur le Béarn* de M. le président Faget de Baure, p. 464.

Digitized by Google

parler; il ne faudrait pas lui travestir son histoire; le plus illettré la sait presque aussi bien que *Péréfixe*. Il la sait mieux en quelques points; il l'a apprise, sans l'avoir lue, au foyer domestique, aux récits de la veillée, par tradition. Il la sait par cœur; *par cœur*, c'est bien le mot!

Il n'est pas, d'ailleurs, si étranger à notre sujet, le prince qui avait rêvé pour son peuple l'abréviation des procès, la poule au pot et la paix universelle.

Veut-on nous permettre, à l'abri de son nom, de rappeler un trait de cette histoire *de Béarn*, bien qu'il soit antérieur à son avénement? Mais il a quelque chose *de judiciaire* qui doit le faire accueillir ici.

Avant d'avoir un parlement, le Béarn possédait une Cour souveraine qui lui en tenait lieu. Il avait aussi ses *fors* et ses coutumes particulières; il ne reconnaissait d'autre domination que celle de Jeanne d'Albret, mère d'Henri IV, héritière des anciens princes de Béarn. Mais le roi de France, *Charles IX*, voulait annexer à son royaume ce pays qu'Henri IV lui apporta plus tard. Le Béarn résista et défendit vaillamment ses franchises. La ville de *Pau* fut assiégée; le parlement de *Toulouse* se hâta d'envoyer des commissaires au commandant de l'armée assiégeante, le comte de *Terride*, pour demander *l'annexion de la justice de Béarn au parlement de Toulouse*. De son côté, le parlement de *Bordeaux* convoitait aussi le *Béarn;* il fit une députation dans le même objet. *Terride* répondit aux uns et aux autres : « Il n'est pas temps encore; votre présence nuirait aux affaires du roi; *l'union* que vous projetez causerait une révolte. » Les deux députations parlementaires s'arrêtèrent à *mi-chemin* et puis s'en retournèrent sans avoir rien obtenu. Les syndics de Béarn adressèrent alors un mémoire au roi sur ce projet *d'union* réclamé à la fois par les deux parlements voisins. Il y a dans ce mémoire de 1569 des passages qu'on dirait écrits d'hier, et qui peuvent s'appliquer au projet renouvelé à chaque révolution, et qui n'est pas encore abandonné d'agrandir certains ressorts aux dépens de quelques Cours impériales qu'on supprimerait.

« Depuis Charles Martel, disait ce mémoire, *la seigneurie de Béarn* a été entretenue en souveraineté de justice, et les habitants régis par leurs fors et coutumes, sans avoir à reconnaître aucun seigneur. Après quelque temps, les Béarnais NE SE TROU-

Digitized by Google

VANT PAS BIEN DE LA DÉMOCRATIE élurent pour les gouverner un seigneur, lequel devait jurer à son peuple l'observation de ses fors. Aucun souverain n'a régné en Béarn sans prêter ce serment; et notamment, *depuis huit cents ans,* la justice a toujours été rendue souverainement dans le pays, sans que jamais aucun tribunal étranger en ait pris connaissance. Il n'y a, d'ailleurs, mémoire ni tradition que jamais les Béarnais ou leurs souverains aient fait hommage à un supérieur quelconque. Le roi s'étant déclaré protecteur du pays *n'a pas plus de droit* que n'en a le seigneur de Béarn. *Ainsi il ne peut accorder aucune juridiction ni à l'un ni à l'autre des deux parlements de Toulouse ou de Bordeaux.* Mais, en supposant que le roi *eût le pouvoir* d'unir le Béarn, il serait contre son intérêt de le faire..... *Un tribunal souverain contient un pays;* et ce frein est nécessaire aux Béarnais, peuple de montagnards, fiers et armés. Quant au civil, les habitants du pays sont pauvres par l'infertilité des terres. La justice leur a toujours été rendue avec *brièveté, équité, droiture,* et à *si peu de frais* que s'il fallait l'aller chercher à *Toulouse* et à *Bordeaux,* ils aimeraient mieux abandonner leurs procès, tant à cause de leur pauvreté et de la difficulté des chemins qu'à cause des formes de procéder de ces deux tribunaux, formes *de si longue traînée* que les procès y sont *immortels.* Faites vérifier, sire, les procès pendants à Toulouse et à Bordeaux, vous en verrez de *quinze à vingt ans.* Il faut imputer cette immortalité des procès à la négligence des juges ou à la multitude des affaires, et, dans l'un et l'autre cas, *il ne faut pas augmenter leur ressort;* bien au contraire, il faut le diminuer, et, laissant la Cour souveraine *à Pau,* joindre à son ressort la justice souveraine *de la basse Navarre, de la Soule, du Labourd, de l'Armagnac et de la Bigorre,* pays limitrophes du Béarn. Tous les habitants de ce pays trouveront ainsi un soulagement dans une justice plus *brève et moins dispendieuse.* »

Ces justes réclamations l'emportèrent et ne furent pas sans influence sur la création du parlement de Pau, qui eut lieu, sous Louis XIII, en 1620.

Mais revenons à notre savant auteur méridional, un peu oublié de nos jours, ce qui servira peut-être d'excuse à cette disgression. Nous aurions même parlé plus longuement de lui, de son livre, de son procès, si un avocat distingué du barreau de Toulouse n'avait entrepris la révision de ce procès lui-même

Digitized by Google

devant *l'académie de législation* de la même ville, tribunal éminemment compétent pour réhabiliter ce grand œuvre littéraire et judiciaire. L'illustre condamné n'aura rien perdu pour attendre, et à aucune époque il ne pouvait trouver un meilleur avocat. Il venge noblement l'auteur et l'ouvrage, et par un sentiment exquis de modération et de convenance, après avoir sévèrement blâmé la sentence, il cherche à excuser, autant que possible, les magistrats qui la rendirent. *Larocheflavin* s'était introduit avant l'âge au parlement de Toulouse, à l'aide d'une *fraude vénielle* qui cependant ne lui fut jamais entièrement pardonnée, et qu'on fut bien moins disposé à lui pardonner quand, à l'aide de puissantes protections, il devint, jeune encore, un des dignitaires de ce parlement. D'un autre côté, on dut voir, dans son livre, des allusions personnelles qui n'étaient pas, sans doute, dans sa pensée, mais que des esprits déjà mécontents étaient trop ingénieux à découvrir. Enfin, il paraît que dans sa défense il ne sut pas garder le respect qu'il devait à ses juges et à lui-même. Laissons encore parler le greffier en chef : ..... « L'assemblée fut remise au lendemain, et étant le lendemain la Cour assemblée sur la même matière, le sieur de *Ciron* (avocat général), en la présence dudit Flavin de Laroche, entra en la chambre et remit un assez grand rôle d'articles qu'il avait tirés du livre du sieur de Laroche, sur lesquels il requérait la Cour qu'il fût ouï par *péremptoire*[1].

» A ce mot de *péremptoire*, le sieur de Laroche se fâcha fort et dit plusieurs paroles que sa passion lui fit lâcher, sans considération *du lieu où il était ni de la dignité de la charge qu'il avait*. Il fut ouï sur lesdits articles remis par le sieur de Ciron, et y répondit non par *péremptoire*, ainsi qu'il avait été requis, mais assis..... et couvert, tenant un de ses livres en main, pour dans iceluy rechercher les articles proposés par ledit sieur de Ciron, à quoi *il satisfit si mal* que la Cour, après lui avoir recommandé de se retirer, absents quelques-uns des messieurs qu'il récusa, fit l'arrêt suivant. » C'est celui qu'on vient de lire.

A toutes ces circonstances atténuantes en faveur de la rigoureuse sentence, ne pourrait-on pas ajouter le regret de l'avoir rendue, regret manifesté, comme nous l'avons dit, par l'indul-

[1] C'est-à-dire debout, tête nue, derrière le barreau, et sans aucune des garanties de la défense ordinaire; ce mode particulier d'interrogatoire avait été introduit par l'ordonnance de Villers-Cotterets de 1539.

Digitized by Google

gence de la Cour contre les emportements des amis de l'auteur et contre la publication renouvelée de l'ouvrage condamné?

Mais il faut lire la notice entière de M. *Albert*. Elle est pleine de faits intéressants et d'ingénieuses réflexions. Elle est rapportée dans le tome V, p. 372, du recueil *de l'académie de législation de Toulouse* (1856).

Dans le même volume, p. 168, on trouve un article de M. *Florentin-Astre*, membre de la même académie, sur les arrêtistes du parlement de Toulouse. *Larocheflavin* y occupe le premier rang, par ordre de date. Mais l'auteur qui fait la part de chaque arrêtiste, avec autant de discernement que d'impartialité, ne dissimule pas que le livre des Treize parlements *est le livre qui recommande le mieux Larocheflavin au souvenir du palais*, opinion depuis longtemps consacrée par le palais lui-même. On sait, au reste, que *les états généraux du Languedoc*, loin d'approuver la condamnation de ce livre, demandèrent à l'auteur d'en faire un autre sur *les antiquités et choses les plus remarquables de Toulouse et du ressort*. Une gratification lui fut même accordée pour ce grand travail, que la mort vint interrompre. Il n'en parut qu'un fragment qui est devenu fort rare.

Nous ne saurions terminer ce chapitre sans présenter une dernière observation qui, bien que secondaire, nous semble avoir quelque importance pratique.

On a vu que l'ancien et le nouveau Code de procédure, celui de 1667 et celui de 1806, avaient pour objet principal d'introduire *un style uniforme dans tous les siéges*. Cela s'entendait principalement du mode de procéder. Mais en ce qui touche le style proprement dit, la rédaction, cette uniformité n'exista jamais; elle n'existe pas encore. On signale chaque jour des formules et des locutions différentes, selon les divers ressorts judiciaires.

Dans quelques-uns on a conservé les anciennes très-religieusement, bien qu'elles ne répondent plus à la simplicité des théories nouvelles, et qu'elles soient, par cela même, à peu près inintelligibles pour les personnes qui ne sont pas du métier.

Sans doute, le langage du palais n'est pas et ne doit pas être le langage du monde. Mais encore faudrait-il qu'il fût compris par les hommes éclairés de toutes les conditions, et qu'il ne restât pas, ainsi qu'on se plaît à le dire, comme une espèce de

Digitized by Google

jargon, de *grimoire* mystérieux à l'usage exclusif des augures et des initiés du Temple.

Nous avions relevé quelques-unes de ces vieilles locutions qu'on s'obstine à rajeunir. Mais la crainte d'être accusés d'une guerre de mots, et peut-être d'irrévérence envers le vieux langage que nous savons apprécier aussi, nous empêche de les signaler ici.

Il en est une néanmoins si fréquemment employée par quelques Cours impériales, que nous leur demanderons la permission de la rappeler.

Quand elles infirment une décision du premier degré, elles disent : ..... « Met les appellations et ce dont est appel *au néant, émendant,* réforme, etc. » Nous ne relevons pas ces expressions surannées d'*appellations*, *émender* et autres, bannies de notre dictionnaire judiciaire. Mais la formule ci-dessus n'offre-t-elle pas un double sens, un sens contradictoire? Car l'appellation est si *peu mise au néant* que c'est en vertu et par l'effet de cette *appellation* que le jugement est lui-même anéanti. La *mise au néant de l'appellation* suppose, au contraire, que ce jugement est maintenu; et c'est ainsi, en effet, qu'on prononce quand on confirme. En sorte que cette formule *met les applications au néant* peut s'appliquer aussi bien à la confirmation qu'à la réformation du jugement attaqué. Les hommes d'affaires comprennent, sans doute; mais pourquoi, encore une fois, jeter des énigmes au public? Pourquoi ne pas se servir du style des lois nouvelles? Pourquoi ne pas déclarer tout simplement que le jugement est *confirmé* ou *infirmé*, comme la Cour de cassation dit *casse* ou *rejette,* sans employer les formules de l'ancien conseil, qui *émendait* et *anéantissait* aussi?

Qui n'a vu le plaideur soucieux, indécis, ne pas comprendre l'arrêt prononcé en sa présence, et attendre impatiemment la dernière disposition, celle des *dépens*, ou un signe de son avocat pour savoir s'il avait perdu ou gagné son procès?

Ces observations sembleront puériles à quelques praticiens consommés [1]. Nous n'y attachons pas nous-même plus d'im-

[1] Elles ont été cependant relevées par M. *Pigeau* lui-même il y a plus de cinquante ans. « La langue de la procédure, dit-il, a, comme celle des arts et des sciences, ses idiomes. Ainsi, il n'est pas rare de voir employer dans une *province* des termes inconnus dans *une autre*. Cela vient de ce que l'idée

Digitized by Google

portance qu'il ne convient. Mais enfin les oracles de la justice ne doivent pas ressembler aux autres oracles !

Ce qui leur en donne encore l'apparence, ce qui est bien de nature à justifier ce mot de *grimoire* inventé pour nous, ce sont certaines *écritures de palais*, odieux griffonnage presque toujours illisible, contre lequel on s'est élevé à toutes les époques, mais toujours inutilement.

Le décret impérial du 29 août 1813 a été lui-même impuissant à réprimer ces abus, contre lequel il était spécialement dirigé.

Ce décret mal compris, mal exécuté inspira, il y a quelques années, une brochure remarquable, intitulée : *Traité de la copie des pièces* (1839). — L'auteur, alors premier avocat général à la Cour de *Poitiers*, et qui au même titre jeta longtemps un si grand éclat sur les audiences de la Cour de cassation, a été élevé depuis au rang des dignitaires de cette compagnie, dont il est toujours l'une des plus vives lumières.

On nous saura gré de citer quelques lignes de M. le président *Nicias Gaillard*, sur ce sujet en appparence si aride, et auquel il sut donner de l'intérêt par la justesse des aperçus et l'élégance de la forme.

« Je ne sais point, disait le jeune avocat général de Poitiers, en 1839, comment le décret du 29 août 1813 s'exécute dans les autres ressorts; mais, à voir ce qui se passe dans plusieurs points de celui-ci, on pourrait se demander si ce décret existe bien encore. Il est tel tribunal où la règle paraît être que les copies signifiées aient de cinquante à soixante lignes la page. On entasse les mots sur les mots ; on serre, à les étouffer, les lettres et les syllabes. Telle est quelquefois la ténuité des caractères, qu'on dirait une sorte d'écriture microscopique illisible à l'œil nu. C'est à qui fera mieux en ce genre. La perfection serait de faire tenir un cahier dans une page, toute une

rendue par l'expression a été plus ou moins bien saisie par les praticiens qui l'ont établie, ou de ce que cette expression désigne une formalité *connue* dans l'endroit où elle est usitée, *inconnue* dans d'autres. Une autre raison encore : c'est qu'il y a dans cette science, comme dans toutes les autres, des gens qui se plaisent à *hérisser le style d'une infinité de termes scientifiques*, par conséquent obscurs pour ceux qui ne la connaissent pas, *au lieu d'en employer de simples et qui rendraient aussi fidèlement le même sens.* » (*Procédure du Châtelet*, t. I, p. 125.)

Digitized by Google

page dans une ligne, et toute cette ligne dans l'espace d'un mot..... Il faut entendre à l'audience l'avocat de l'appelant, donnant lecture du jugement dont est appel. Les premiers mots vont couramment; l'avocat a étudié la copie dans son cabinet; *ce qu'il sait le mieux c'est son commencement.* Mais à peine a-t-il passé le premier *attendu* que déjà il hésite, tâtonne; force lui est d'épeler. Le voilà même qui s'arrête. Il reprend, mais pour se traîner d'un mot à l'autre, bronchant à chaque pas. L'autre avocat le suit, le soutient, et, s'il tombe, le relève. Mais ce n'est pas assez; il faut qu'il se décide à lui faire passer la grosse du jugement, heureux secours qui arrive au moment où le lecteur, perdant patience, allait maudire la copie..... et le copiste. — Qu'on juge de la fatigue de celui qui lit et de la fatigue de ceux qui écoutent; qu'on juge aussi de la belle apparence qu'a la décision la mieux rédigée quand elle est lue ainsi. Vraiment, les magistrats de première instance auraient trop à souffrir s'il leur fallait assister à nos audiences comme autrefois à celles du parlement, et qu'ils se vissent défigurer et estropier à ce point!... Lorsque je vois des avocats si jeunes, d'ailleurs, et si clairvoyants d'esprit, déjà réduits à employer les secours que l'art ne destine qu'aux yeux fatigués de vieillesse, j'ai envie d'en rendre responsables ceux qui font ces odieux griffonnages et ceux qui les font faire. Qui sait si ce n'est point à pareil abus que ce jurisconsulte poitevin, l'auteur du meilleur commentaire sur l'ordonnance de Moulins, notre *Boiceau*, dut de mourir aveugle! Je gage qu'*Appius Claudius* accusait de sa cécité les procureurs et les sergents de Rome. Il servait bien au pauvre aveugle d'entendre répéter qu'il n'était point vrai qu'il eût perdu la vue, puisque c'était encore par ses yeux que tous ses concitoyens voulaient voir[1]..... »

« Quand l'abus ne porterait dommage qu'à nous tous gens de justice, ce serait bien assez pour qu'on lui fît la guerre. Mais c'est dans l'intérêt de la justice elle-même qu'il faut s'en inquiéter. On ne lit point volontiers ce qu'on ne peut lire sans fatigue. Or, à ne parler que des affaires d'audience, les plaidoiries qui ont tant d'influence sur le sort des procès ne font pas tout pourtant. Dans les affaires de longue haleine, chargées de questions de

[1] Hunc cœcum aliquis nominet à quo patria quod justum et rectum erat per se passim cernens coacta est providere.

Digitized by Google

droit ou de chiffres, ou de faits, qu'on ne juge point de suite après avoir été plaidées, il est nécessaire de recourir aux pièces pour vérifier des allégations contradictoires, étudier de plus près ce qu'on avait mal saisi à l'audience, reprendre et suivre la procédure. Quel ne sera pas, dans tous ces cas, le désavantage du plaideur dont il faudra aller chercher les moyens dans de rebutants griffonnages[1]?..... Peut-être ces copies indéchiffrables sont-elles coupables de la perte de plus d'un bon procès. »

Il est une autre espèce d'écritures que nous devons signaler aussi : *les expéditions.*

Elles présentent quelquefois, par leurs lignes trop espacées, presque autant d'inconvénients que les copies trop serrées. C'est un autre genre d'illisibilité en sens contraire. Ces lettres majuscules, ces caractères-affiches éblouissent et troublent la vue. La pensée semble fuir et s'échapper à travers les lignes et les mots distancés outre mesure. Pour saisir l'argument ou le fait le plus simple, il faut le chercher en tournant d'une main quelque peu impatiente de nombreuses pages, à peu près vides de mots et de sens. Une seule contient à peine une phrase. Un mot prend une ligne entière. C'est le défaut inverse de celui si bien signalé dans le passage, trop abrégé, que nous venons de transcrire. Il est curieux de comparer dans un même dossier ces larges expéditions avec la ténuité des copies. Ce sont les deux extrêmes, le double effort de l'art, son premier et son dernier degré sans intermédiaire. On dirait vraiment que ces écritures sont placées alternativement aux deux bouts d'une lunette achromatique, dont l'un grossit et l'autre diminue artificiellement les objets extérieurs. Ce sont comme des effets d'optique contraires, qui, trop prolongés, fatiguent également les yeux du corps et de l'esprit. Aussi cette fatigue des caractères trop *grossoyés*, moins pénible que l'autre sans doute, a néanmoins fait désirer contre eux un décret de 1813, qui les prohibe et les punisse presque aussi sévèrement que les copies microscopiques.

Mais, sans recourir à cette extrémité et sans compromettre aussi les intérêts du trésor, ni ceux des officiers de justice, ne

1 Des papiers griffonnés d'une telle façon
Qu'il faudrait, pour les lire, être pis qu'un démon.
(MOLIÈRE, *le Misanth.*)

Digitized by Google

serait-il point possible de s'entendre, d'établir un terme moyen, et, selon l'expression des décrets, une sorte de *compensation* entre l'expédition et la copie, de manière que l'une et l'autre fussent écrites raisonnablement, honnêtement, comme dans les autres administrations, comme partout, sans exagération intéressée de grosse ou de fine écriture, sans préméditation hostile contre les yeux des magistrats, des avocats, des plaideurs et du copiste lui-même, qui est souvent la première victime de son habileté en ce genre.

La *typographie* elle-même, qu'il nous soit permis de le dire, est devenue aussi trop habile dans l'art de réduire ses caractères.

Ceci est vrai, surtout pour nos recueils périodiques de jurisprudence et de doctrine les plus estimables et les plus accrédités. La lecture en devient de plus en plus difficile. Le *bon marché*, dit-on. Sans doute, et c'est une des conditions essentielles du progrès; mais non pas aux dépens de la bonne confection, et surtout aux dépens de la vue. « On *consulte* ces recueils plus qu'on *ne les lit*, » dit-on encore. L'objection est trop modeste. Pour bien consulter ces excellents recueils, il faut les lire souvent et longtemps. Il n'est pas au palais de livre plus usuel, plus nécessaire, plus fréquemment invoqué. Chaque édition devient de plus en plus *compacte et serrée*. Les éditeurs s'en vantent hautement comme d'une amélioration. Ils annoncent dans leurs prospectus qu'ils ne négligent rien pour *faire entrer beaucoup de matières en peu d'espace*. Ils ne réussissent que trop bien; ils ne sont que trop fidèles à leur parole. On ne sait vraiment où nous conduirait un progrès de plus en ce genre. Nous émettons le vœu d'un progrès en sens inverse, d'un retour aux anciennes éditions, ou, du moins, aux éditions moins compactes, moins économiques. Elles seront recherchées même par les jeunes légistes. Elles deviennent indispensables aux anciens qui ont précisément usé leur vue dans l'étude prolongée des dossiers et des livres peu lisibles. Que l'exemple de ceux-ci ne soit point perdu pour les premiers; que notre observation ne soit pas surtout mal comprise de ceux à qui nous l'adressons. Elle doit leur prouver, au contraire, toute l'estime, toutes les sympathies qui ont toujours associé la magistrature à leurs importants travaux. LAVIELLE.

(*La suite à une prochaine livraison.*)

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

EXPOSITION RAISONNÉE DES PRINCIPES DE L'ENREGISTREMENT

EN FORME DE COMMENTAIRE DE LA LOI DU 22 FRIMAIRE AN VII,

Par M. Gabriel DEMANTE, professeur à la Faculté de droit de Toulouse. — Un vol. in-8°. Paris, Auguste Durand, 1857-58.

Compte rendu par M. SERRIGNY, professeur de droit administratif à la Faculté de Dijon.

« En cherchant à vulgariser une branche considérable de » notre législation, j'ai cru accomplir, comme jurisconsulte et » comme citoyen, un service utile. » — Rien n'est plus juste et plus méritoire que cette pensée qui termine l'ouvrage de M. G. Demante. On sait quelle est l'importance des droits d'enregistrement, de greffe et d'hypothèques; ils figurent pour 279,667,000 francs dans la loi du budget pour l'exercice 1859, non compris 52,400,000 francs de droits de timbre. La perception de ces droits d'enregistrement exige la connaissance d'une branche spéciale de la législation, combinée avec les règles du droit commun. Tous les citoyens sont atteints par cette espèce d'impôt qui frappe presque tous les actes de la vie civile et commerciale, les ventes, les échanges, les donations, les mutations par décès, les contrats de mariage, les baux, les sociétés, les jugements, les actes judiciaires, etc., etc.

Et cependant on ne saurait imaginer à quel point cette partie de la législation est ignorée de la plupart des jurisconsultes et des hommes d'affaires. Ce n'est pas que les travaux des auteurs aient manqué à l'exploration et au développement des lois sur cette matière. Outre les circulaires de l'administration de l'enregistrement, qui ne connaît les ouvrages si considérables et si érudits de MM. Championnière et Rigaud, et de M. Garnier? — Ce ne sont donc pas les travaux des jurisconsultes ou des domanistes qui font défaut à cette partie de la législation; ce n'est pas non plus l'intérêt pratique et le nombre des contestations qui manquent à ces sortes de questions; il suffit de lire les recueils des arrêts de la Cour de cassation, pour voir combien de recours ont lieu sur les questions d'enregistrement.

Digitized by Google

Quelle est donc la cause qui s'est opposée jusqu'à présent à la vulgarisation de cette branche de notre législation? c'est la difficulté d'en acquérir une connaissance suffisante dans un espace de temps assez court, difficulté qui tient à une double cause : l'absence d'enseignement général, uniforme, dans les Facultés de droit, et l'absence de livres courts et précis sur les principes qui régissent cette matière. L'administration de l'instruction publique pourrait remédier au premier défaut, en rendant obligatoire l'enseignement de ces principes dans tous les cours de droit administratif. M. G. Demante a voulu, par l'ouvrage qu'il vient de publier, combler la lacune qui existait sous le second rapport. Je désire qu'il soit assez heureux pour voir sa tentative couronnée de succès.

Son ouvrage n'est pas trop étendu; il est circonscrit dans un seul volume. Et cependant il examine tous les principes importants de la matière. Il a adopté la forme du commentaire et pris pour texte de ses développements la loi du 22 frimaire an VII, qui, en faisant table rase des lois antérieures, a posé des bases qui n'ont point encore été éliminées, malgré les changements considérables apportés dans la législation civile par le Code qui la régit aujourd'hui. Dans ce commentaire, M. Demante a pris soin d'intercaler et de faire connaître toutes les modifications apportées à la loi de l'an VII par les lois postérieures. — Il expose d'abord les notions générales qui régissent la prescription des droits d'enregistrement; c'est l'objet du titre Ier, dans lequel il s'occupe notamment de la théorie si importante des actes nuls. En droit civil, chacun sait que la théorie des nullités est le point le plus difficile et celui qui divise le plus les jurisconsultes. En droit fiscal, ces difficultés s'augmentent et se compliquent quand il s'agit de savoir si un acte nul peut autoriser la perception régulière du droit proportionnel d'enregistrement. M. G. Demante aborde résolûment cette question. Il distingue entre les nullités relatives et les nullités absolues. L'acte entaché d'une nullité relative donne lieu, suivant lui, à la perception du droit proportionnel; l'acte vicié d'une nullité absolue n'encourt pas ce droit, car cet acte n'est pas l'opération tarifée par la loi (n° 54).

Quelque plausible que soit cette théorie, je ne saurais l'admettre dans la pratique, et j'aime mieux suivre l'ancienne jurisprudence attestée par Bosquet, suivant laquelle le droit était

Digitized by Google

exigible sans s'occuper de distinguer entre les causes des nullités. Comment le receveur pourrait-il être juge de ces nullités sur lesquelles jamais les auteurs n'ont pu s'accorder? Du moment que les parties présentent à l'enregistrement un acte parfait, accompli, quoique nul, c'est qu'elles espèrent en tirer parti, soit parce que la nullité ne sera pas opposée, soit par tout autre motif dans lequel la régie n'a point à s'ingérer. Ainsi je n'hésiterais pas à percevoir le droit sur l'enregistrement d'une vente de biens dotaux, de biens majoratisés, sur une donation contenant une substitution prohibée, sur une transaction nulle dans les cas des articles 2055 et 2056 du Code Napoléon, sur une vente entre époux, en dehors des trois cas permis par l'article 1595 du même Code. La Cour de cassation, bien que sa jurisprudence ait vacillé, semble marcher aujourd'hui dans cette voie. C'est ainsi qu'elle a jugé, le 13 décembre 1837, qu'une donation entre-vifs contenant partage, bien que faite sous signature privée, devait être assimilée à une donation authentique sous le rapport de la quotité du droit proportionnel. C'est ainsi encore qu'elle a jugé, en audience solennelle, le 17 février 1854, que le droit proportionnel de vente avait été régulièrement perçu à l'occasion d'une acquisition faite par une femme mariée, bien que l'acte eut été annulé par un jugement. Il est vrai que le 1er août 1836, par conséquent à une époque antérieure aux arrêts précités, elle avait jugé que le droit proportionnel n'était pas exigible sur une donation acceptée par une femme sans le consentement de son mari. — Cela prouve que cette Cour n'a pas toujours été conséquente avec elle-même et qu'elle a vacillé sur le point qui nous occupe comme sur tant d'autres points. Je n'ignore pas toutes les hypothèses chimériques, imaginées dans les écoles et par les auteurs qui ont écrit sur ces nullités, soit en droit civil, soit en droit fiscal, mais je sais bien aussi que l'on ne rencontre guère ces espèces chimériques portées devant les tribunaux et soumises aux receveurs de l'enregistrement. Or, les lois et la doctrine doivent être conçues pour les affaires réelles, et non pour les chimères.

Du reste, en m'écartant de l'opinion de M. Demante sur ce point capital, je rends pleine justice au mérite de son livre, qui est rempli des plus saines doctrines du droit civil heureusement appliqué au droit fiscal. Après l'exposé des notions générales, il s'occupe des droits proportionnels auxquels il consacre natu-

Digitized by Google

rellement la plus grande partie de son ouvrage, comme étant les plus importants, soit par leur quotité, soit surtout par les difficultés infinies auxquelles donne lieu leur application. Je ne suivrai pas notre auteur dans tous ses développements; il me suffira de quelques observations pour le faire apprécier et pour inspirer le désir de faire connaissance avec lui. Il explique d'une manière exacte, suivant moi, la loi du 23 mars 1855 sur la transcription, quant à son influence sur le droit fiscal (V. nos 142, 143, 290). Il apprécie justement, au point de vue de la perception de l'impôt, les conséquences du revirement de la jurisprudence de la Cour de cassation, sur la question si discutée de la nature des reprises de la femme mariée. Chemin faisant, et à l'occasion du droit proportionnel sur les obligations et les cessions de créances, M. Demante explique clairement les dispositions de la loi du 23 juin 1857, relatives au nouveau *droit de transmission* établi sur les valeurs circulables; de telle sorte que son commentaire représente l'état le plus récent de la législation en ce qui concerne les droits d'enregistrement.

On sait que ce nouveau droit a donné lieu à des réclamations de la part des spéculateurs habituels de la Bourse, qui ont cherché à le présenter comme un obstacle à l'ascension des fonds publics et des autres valeurs qui se négocient à la Bourse de Paris. Ces réclamations ne me semblent guère fondées. La loi qui a établi cet impôt est fidèle au principe *de la réalité*, qui est le caractère fondamental de toutes nos lois en matière d'impôts. Il n'offre pas les inconvénients attribués aux projets d'impôts sur les revenus, dont nous avons souvent été menacés depuis 1848. La taxe est modique, 1/3 p. 100 au lieu de 1 p. 100 qui est perçu sur les obligations civiles par billet ou par acte notarié, ou sur leurs cessions. Il n'est qu'une légitime compensation d'une partie de la perte qu'éprouve le Trésor public sur la diminution des placements par obligations notariées, diminution occasionnée par la concurrence que leur ont faite, depuis quelques années, toutes les valeurs de bourse. Ils ont vraiment bonne grâce, les spéculateurs de bourse, à se plaindre d'un impôt de 1/5 p. 100 sur la cession de leurs valeurs, en présence du droit de 1 p. 100 qui grève les cessions d'obligations non circulables et des droits si énormes qui frappent les cessions d'immeubles, soit à titre onéreux, soit à titre gratuit.

Digitized by Google

Après les droits proportionnels, M. Demante s'occupe des droits fixes qui n'offrent qu'un intérêt et des difficultés relativement minimes.

Le style de l'ouvrage est toujours concis, sans que sa concision enlève rien à sa clarté. C'est à l'aide de cette concision que l'auteur a pu renfermer tant de choses en un seul volume d'une ampleur ordinaire. L'ouvrage est écrit dans un esprit d'impartialité et d'amour de la vérité que l'on ne rencontre pas toujours dans quelques-uns des livres écrits sur ces matières. Toutefois, je ne sais si les études habituelles de l'auteur, si l'esprit civiliste, puisé dans les leçons et les livres de son père si recommandable et si regretté, ne font pas quelquefois pencher l'auteur, à son insu, vers des solutions contraires aux prétentions de la régie. Du moins, pour moi qui, depuis longtemps m'occupe des matières administratives, je sens qu'avec le même esprit d'impartialité je me rencontre plus souvent que M. Demante en conformité d'opinion avec les solutions de l'administration de l'enregistrement.

En résumé, je dirai à nos jeunes légistes et à tous ceux qui n'ont pas fermé l'huis à l'entrée de nouvelles connaissances juridiques : Faites comme moi, lisez en entier *l'Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement*, et vous n'aurez pas à regretter le temps que vous y aurez consacré.

SERRIGNY.

Digitized by Google

EXPLICATION DES PASSAGES DE DROIT PRIVÉ

CONTENUS DANS LES ŒUVRES DE CICÉRON.

Par M. G. DE CAQUERAY, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

Compte rendu par M. Éd. BODIN, professeur de droit romain à la Faculté de Rennes.

Il existe depuis le XVIIe siècle, entre les jurisconsultes et les littérateurs, un malentendu qui n'est malheureusement pas encore sur le point de disparaître; s'il faut dire de suite notre pensée, les jurisconsultes n'ont pas à se reprocher ce fait regrettable. Il semble aux personnes qui cultivent les lettres que le droit soit une science bizarre, sans principes arrêtés, pleine d'obscurités et de subtilités scolastiques, avec laquelle ils doivent bien se garder d'entretenir aucun commerce; cela fausserait leurs idées, alourdirait leur style, et dans tous les cas constituerait un travail d'un insupportable ennui. Nos hommes de lettres se piquent d'ignorer le droit [1]; les professeurs de nos lycées se garderaient bien d'y puiser quelques enseignements, et je me rappellerai toujours le sourire plein d'ironie, la parole finement railleuse d'un des professeurs les plus justement goûtés de la Sorbonne, lorsqu'un jour, voulant donner une idée de la puissance paternelle romaine, il lut un passage de Gaius, en plaisantant agréablement ceux de ses auditeurs qui *avaient le bonheur de faire leur droit.*

Ces préventions sont-elles fondées? Tel n'était pas l'avis des Fr. Hotman, des Scaliger, des Budé, des Cujas, plus tard des Leibnitz, à la fois philosophes, historiens, jurisconsultes et littérateurs. Quelques réflexions bien simples nous semblent de nature à justifier complétement l'opinion de ces grands hommes. Toutes les fois qu'un intérêt nouveau se produit dans un peuple, qu'une idée le domine, qu'une passion l'agite, la législation change et se transforme; elle est nécessairement un miroir fidèle dans lequel viennent se peindre les mœurs. Ce que nous

[1] Les pièces de théâtre et les romans modernes qui reposent sur de grosses erreurs de droit sont nombreux; dès que l'on rétablit la vérité juridique, l'intrigue tombe à plat; nous publierons quelque jour sur ce point une étude qui paraîtra peut-être piquante.

Digitized by Google

pouvons savoir des lois de Solon et de Lycurgue nous fait pour ainsi dire toucher du doigt les différences profondes qui distinguaient Athènes et Sparte; les Douze Tables nous expliquent mieux les commencements de la république romaine que les fables de Tite-Live; le Digeste et le Code mettent la Rome impériale à nu devant nous. Où trouver un tableau plus saisissant des mœurs barbares que dans les lois des Francs, des Lombards, des Thuringiens? La société féodale est vivante encore dans les Assises de Jérusalem et les Coutumes du Beauvoisis; enfin les ordonnances de Louis XIV sont les témoignages les plus certains des idées qui dominaient à l'époque du grand roi. Comment pourrait-il en être autrement? La propriété, la famille, les libertés publiques, les institutions politiques, tous ces biens qui sont chers au cœur de l'homme, qui le constituent tout entier pour ainsi dire, ne sont-ils pas la *matière première* de la législation, l'*objet même* de la science du droit? Ainsi, sans le droit, pas d'histoire; et sans l'histoire, point de lettres. — D'un autre côté, la philosophie peut-elle se passer de l'étude des législations? Les abstractions métaphysiques qu'écrivent les philosophes célèbres de chaque époque ont leur commentaire pratique dans la législation du temps. Les législateurs ne peuvent, en effet, s'inspirer à d'autres sources que celles de la religion et de la philosophie qui dominent au moment où ils édictent leurs lois. D'ailleurs, il ne suffit pas de faire la psychologie de l'individu, il faut encore trouver celle de l'humanité; or, ce travail est tout fait dans la loi de chaque siècle et dans les écrits des jurisconsultes qui l'ont commentée. Ainsi pas de philosophie complète sans l'étude du droit, et sans la philosophie, je le demande, que deviennent les lettres? — Est-il nécessaire enfin de démontrer que la philologie ne peut négliger une science dont les expressions techniques passent si facilement dans la langue commune, et qui, embrassant le cercle entier des intérêts de l'homme, fait nécessairement sentir son influence dans toute œuvre de l'esprit?

Un rapprochement sincère entre le droit et les lettres est donc indispensable. Le jurisconsulte qui ignorerait les lettres serait indigne de ce nom; mais le littérateur qui ne fait pas au droit une place légitime dans ses travaux et ses préoccupations, néglige à plaisir une mine féconde et se prive volontairement de l'auxiliaire le plus puissant. On a récemment trouvé que les

Digitized by Google

étudiants en droit devaient suivre des cours de littérature étrangère ou de chimie, de philosophie ou de botanique. Je ne critique pas cette mesure, mais à mon avis la présence d'un professeur de droit aux examens de licencié ès lettres se justifierait par des raisons peut-être plus sérieuses.

Les considérations générales qui précèdent acquièrent une plus grande énergie quand on met en parallèle la littérature latine et le droit romain. Le droit a été la seule science nationale des Romains; ils avaient emprunté leur littérature, leurs arts, leur philosophie à la Grèce; le droit, sauf quelques rares exceptions, est sorti tout entier de leur génie. Aussi tout le monde le cultivait avec amour : le général d'armée comme le philosophe, l'historien comme l'homme d'État, le poëte comme le pontife; le droit était à Rome le complément nécessaire de toute éducation : pas un homme distingué n'en ignorait les principes généraux. Il résulte de là qu'il est impossible d'ouvrir un ouvrage latin sans y trouver des allusions aux pratiques judiciaires, des mots techniques de la science, des formules consacrées. Et remarquez que si cela est plus particulièrement vrai d'un auteur qui a été orateur et jurisconsulte comme Cicéron, les historiens, les poëtes se réfèrent très-fréquemment aussi à des institutions juridiques. Comment comprendre ces passages, comment les traduire, si l'on n'est initié au droit romain, si à défaut d'une science approfondie, on ne possède au moins une idée générale de l'ensemble et des notions suffisantes sur le langage des jurisconsultes? N'est-il pas fâcheux de voir certains traducteurs rendre bravement *manus* par mariage, *judicium* par jugement, *res mancipi* par chose prise avec la main? N'est-il pas regrettable de rencontrer dans des livres d'ailleurs excellents, une traduction vague, incertaine, hésitante, parce que le traducteur n'a compris la phrase qu'à moitié, et que sans faire précisément un contre-sens, il n'a pu exprimer nettement une idée obscure pour lui?

Puisque les littérateurs ne veulent pas venir aux jurisconsultes, il faut donc que les jurisconsultes aillent aux littérateurs. C'est ce que vient de faire pour sa part un de nos collègues à la Faculté de droit de Rennes, en publiant un volume qui renferme l'*explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*. Ce livre comble une lacune, il explique Cicéron littérateur par Cicéron jurisconsulte, il est pour ainsi

Digitized by Google

parler le trait d'union entre les Facultés des lettres et les Facultés de droit.

Aucun auteur n'a été plus lu, plus expliqué, plus commenté que Cicéron, et cela se comprend de reste. Cicéron n'a pas été seulement un admirable écrivain, il a été surtout un des organes les plus puissants des grandes vérités morales et métaphysiques ; cet homme n'a pas fait école, il n'a pas eu, à proprement parler, une philosophie originale, mais il s'est fait l'éloquent écho des pensées les plus élevées, des aspirations les plus sublimes de l'antiquité : l'unité de Dieu, l'immortalité de l'âme, bien qu'il paraisse la nier quelque part pour les besoins de la cause, un sentiment profond de la dignité humaine, de la noblesse du rôle que l'homme est appelé à jouer sur la terre, et surtout la pensée de l'*humanité*, c'est-à-dire de la *confraternité* (le mot y est) qui doit unir les hommes de toutes races, de tous pays ; voilà ce qui fait Cicéron particulièrement grand et la cause de l'empire qu'il a toujours exercé sur les intelligences. Mais Cicéron a encore été autre chose, il a cultivé le droit, et ainsi que M. de Caqueray le prouve fort bien dans sa préface, malgré quelques plaisanteries contre les jurisconsultes, il a aimé leur science. Aussi, non-seulement dans ses discours judiciaires, mais dans ses traités de rhétorique ou de philosophie, dans ses lettres, il revient fréquemment au droit, il lui emprunte ses exemples, il en parle familièrement la langue comme un homme du métier.

Fr. Hotman est le premier qui, à ma connaissance, ait tenté une explication *ex professo* des passages juridiques de Cicéron ; son travail est encore aujourd'hui digne d'intérêt, cependant il a beaucoup vieilli ; Hotman, c'était le défaut de son temps, se perd souvent dans des digressions inutiles, il a un étalage d'érudition fastidieuse ; d'un autre côté, la découverte du manuscrit de Gaïus a jeté sur le droit romain de vives clartés qui n'ont pu guider sa marche. Un éminent professeur de Zurich, M. Keller, a commenté dans ces derniers temps quelques-uns des principaux discours du grand orateur romain au point de vue du droit ; il a laissé peu de choses à glaner après lui, mais ses excellents travaux ne s'appliquent qu'à une petite partie des œuvres de Cicéron. Un livre au courant de l'érudition moderne, sobre dans ses développements et ne négligeant cependant rien

Digitized by Google

d'utile, embrassant Cicéron tout entier, était donc à faire; c'est ce livre que M. de Caqueray vient de publier.

Les explications juridiques données par M. de Caqueray m'ont paru exactes, claires et précises; on sent que l'auteur est en pleine possession de la science du droit romain; quelquefois, à propos d'un texte, il trouve l'occasion de développer une théorie générale sur un point déterminé, et il s'attache alors à exposer avec netteté les opinions communément enseignées en France aujourd'hui. Les hommes qui par profession sont appelés à expliquer Cicéron, ceux qui savent encore occuper leurs loisirs à méditer le grand orateur, trouveront là un secours puissant; nul doute qu'ils n'éprouvent un véritable plaisir à saisir désormais complétement un passsge qui jusque-là n'avait pas été compris, ou qui du moins était resté dans une sorte de pénombre.

J'ai entendu regretter que l'auteur n'ait pas tenté de traduire certaines expressions techniques et qu'il se soit contenté de transcrire le mot latin au milieu de la phrase française. Cette critique ne me semble pas justifiée : il est incontestable qu'il y a des mots qu'il est impossible de faire passer d'un idiome dans l'autre parce que les analogues manquent; je serais curieux de savoir comment on pourrait rendre en latin, en vrai latin bien entendu, les termes de nos arts et de nos sciences modernes. Si l'on ne veut pas reproduire le mot latin, deux ressources restent seulement : ou employer une périphrase, ou donner au mot une terminaison française. — La première de ces deux méthodes a d'immenses inconvénients : d'abord elle allonge démesurément la phrase; ensuite elle est impuissante à rendre l'idée de l'original. Ainsi pour traduire *capitis deminutio* on a proposé successivement les expressions : diminution de tête, changement d'état, déchéance d'état, perte d'un chef de droits, etc.; or rien de tout cela n'exprime la pensée des Romains. Mais il faut aller plus loin : quelquefois la périphrase est impossible; ainsi les mots *sponsor, fidepromissor, fidejussor*, signifient tous *caution*, mais chacun d'eux désigne une caution d'une nature particulière. La manière de s'obliger et les conséquences attachées à l'obligation étaient très-différentes, on peut défier le plus habile traducteur de faire saisir la nuance au moyen d'une périphrase quelconque; tous ceux qui s'occupent de droit romain savent que la traduction des mots *dies cedit* a

Digitized by Google

jeté beaucoup d'obscurité sur cette théorie difficile, et qu'en fin de compte, on en est arrivé à ne pas traduire. — La seconde méthode qui consisterait à donner au mot une terminaison française, serait plus acceptable. Ainsi de *capitis deminutio* on ferait *capitisdeminution*, de *sponsor sponseur*, de *fidepromissor fidepromisseur*, de *fidejussor fidejusseur*, et ainsi de suite; mais, en vérité, cela revient à ne pas traduire, et n'est qu'un aveu d'impuissance déguisé.

L'auteur a cru devoir employer la méthode analytique. Son procédé consiste à prendre successivement les ouvrages de Cicéron, à suivre le texte pas à pas, et à indiquer le sens de chaque phrase, de chaque mot juridique. Il résulte de là quelques redites, des renvois nombreux qui, faisant corps avec le texte, coupent à chaque instant l'exposé. On ne peut saisir la pensée de l'auteur sans avoir en même temps l'ouvrage commenté sous les yeux; en un mot, son livre dans l'état actuel peut être plus facilement *consulté* que *lu* d'une manière suivie. A cette critique, M. de Caqueray répondrait sans doute qu'il a voulu avant tout faciliter les recherches, donner à toute personne qui lirait Cicéron le moyen de trouver promptement le passage expliqué, et enfin qu'ayant voulu être d'abord utile, il a sacrifié la forme plus pompeuse de la dissertation à la méthode plus commode et plus humble du commentaire.

Pour mon compte personnel, j'exprimerai un regret en terminant : pourquoi l'auteur n'a-t-il pas expliqué les passages de droit *public* contenus dans les œuvres de Cicéron ? La principale raison qu'il en donne dans sa préface, à savoir l'insuffisance de ses connaissances sur cette partie de la science, ne m'a pas convaincu. Elle est plutôt une preuve de la modestie de l'auteur que de son impuissance.

Ed. BODIN.

Digitized by Google

CHRONIQUE.

INSTRUCTION SUPÉRIEURE.

Le ministre secrétaire d'État au département de l'instruction publique et des cultes,

Vu les articles 6, 7 et 11 du statut du 10 août 1857 ;

Vu l'arrêté du 26 avril 1858,

Arrête :

Sont nommés membres du jury du concours qui s'ouvrira à Paris, le 1er décembre 1858, pour neuf places d'agrégés près les Facultés de droit :

MM. Laferrière, membre de l'Institut (Académie des sciences morales et politiques), inspecteur général de l'Ordre du droit, président ;
Pellat, doyen et professeur de droit romain à la Faculté de droit de Paris ;
Delpech, doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Toulouse ;
Aubry, doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Strasbourg ;
Foucart, doyen et professeur de droit administratif à la Faculté de droit de Poitiers ;
Demolombe, doyen et professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Caen ;
Pascalis, conseiller à la Cour de cassation ;
Laborie, conseiller à la Cour de cassation ;
Plougoulm, conseiller à la Cour de cassation.

Sont nommés juges supplémentaires dudit concours :

MM. Valette, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris ;

Digitized by Google

Veron-Duverger, professeur de Code Napoléon à la Faculté de droit de Paris;
Blanche, avocat général à la Cour de Cassation;
Berriat-Saint-Prix, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Fait à Paris, le 13 novembre 1858.

Signé ROULAND.

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

D'arrêts sur le privilége des propriétaires, et sur la saisine des aïeuls envers les légataires.

Par M. Coin-Delisle, avocat à la Cour impériale de Paris.

§ 1. — *Privilége du propriétaire.*

SOMMAIRE.

1. Doctrine actuelle. Tous les loyers dus, même sans bail, sont privilégiés. — Autorités.
2. Doctrine contraire avant 1824 pour les locations verbales et les baux sous seings privés n'ayant pas date certaine. — Autorités.
3. Nous partageons cette doctrine. — Exposé de la doctrine actuelle.
4. Elle se fonde sur la nature du louage, qui admettait en droit romain une hypothèque tacite, et, en droit français, une sorte de gage;
5. Et sur la continuité de la jouissance même à titre verbal.
6. L'adhésion de M. Troplong à cette doctrine ne paraît pas résulter des prémisses qu'il a établies.
7. Arrêt de cassation contraire à notre opinion. — Son espèce et ses motifs.
8. Résumé succinct de la doctrine que nous combattons.
9. Réfutation. Le gage du propriétaire n'est qu'un gage imparfait. Il ne résulte du contrat de louage qu'un droit de rétention..... Le privilége n'est établi que par l'article 1202.
10. L'article 609 C. proc. détruit le droit de rétention à l'égard des saisissants.
11. Position de la question. Renvoi.
12. Réponse à l'argument tiré de la *continuité* du contrat verbal.
13. En certains cas, la fraude serait possible même avec les baux notariés;
14. Mais il n'en est pas moins vrai que les locations verbales sont les plus nombreuses, et que la nature même des choses y entraîne plus de fraudes.
15. État de la question après réfutation de ces premiers arguments. Division de l'examen de la question, sous la coutume de Paris, sous le Code civil, et depuis le Code de procédure civile.
16. Coutume de Paris, articles 161 et 171. Actes de notoriété du Châtelet. *A la note.*
17. La jurisprudence du Châtelet a régné jusqu'à la publication du Code civil.
18. Texte préparatoire des commissions : conséquences de leur rédaction.
19. Observations des tribunaux, notamment du tribunal d'appel de Paris, présidé par M. Treilhard.
20. Présentation par M. Treilhard au Conseil d'État du projet de la section de législation.
21. Incident sur une observation de M. Begouen, et deux lectures suivantes du projet amendé sans aucune modification relative à sa proposition.
22. Le renvoi d'une proposition à la section n'impliquait ni l'adoption de la

Digitized by Google

proposition ni l'obligation d'en faire rapport. Conséquences pour notre espèce.

23. Comparaison du texte de la commission et de celui de la section. Si la forme grammaticale est la même, l'une et l'autre ont eu pour but de rejeter les années antérieures à l'année courante.

24. La conversion de la phrase ne permet pas l'explication régnante.

25. Le second alinéa de l'article 2102-1° ne refuse pas au propriétaire le privilége pour l'année courante, comme l'a cru M. Grenier.

26. Cela serait absurde, puisque le Code civil laissait subsister la procédure de saisie-gagerie *pour loyers échus*, et que ce droit de gagerie n'aurait jamais pu s'exercer.

27. On ne doit jamais interpréter une loi dans un sens vicieux, surtout quand les circonstances donnent au texte un sens raisonnable et conforme à l'état du droit sous la loi antérieure.

28. Il n'est pas permis de rechercher *l'intention* de la loi *pour créer un privilége.*

29. Les articles 661, 662 et 819 du Code de procédure civile, cités par la Cour de cassation, sont étrangers à la durée du privilége.

30. Conclusion.

1. Cassation, 28 juillet 1824 et 6 mai 1835 : *Sirey*, 25, 1, 54; *al.*, 24, 1, 416; *Pal., nouv. édition*, t. XVIII, p. 922; S.-V., 35. 1, 435; D., 35, 1, 318; *Pal.*, t. XXVII, p. 145.

La doctrine de ces arrêts est que le locateur de maisons ou de biens ruraux par location verbale, ou par bail sous seing privé sans date certaine avant la saisie, ou avant le jugement déclaratif de faillite du locataire ou fermier, est privilégié pour tout ce qui est échu, par la force du § 1° de l'article 2102 du Code Napoléon, comme le serait incontestablement d'après le même article le bailleur par acte notarié.

Et telle est la pratique constante, au moins depuis 1824; les cours d'appel s'y sont toutes conformées; car s'il y a quelques arrêts épars dans les recueils pour l'opinion contraire (V. *Bordeaux*, 12 *juin* 1825 *et* 17 *décembre* 1839), leur rareté même est la cause qui les a fait recueillir. — Pas un avocat à Paris n'oserait plaider le contraire.

Aux arrêts de la cour de cassation, viennent se joindre d'abord les arrêts recueillis en faveur du privilége par bail verbal pour tout ce qui est échu (Rouen, 22 août 1821; 12 juillet 1823 et 25 avril 1842; Grenoble, 28 mars 1828; Douai, 29 août 1842; Lyon, 28 avril 1847) sans compter tant d'arrêts, inédits parce qu'ils semblaient inutiles pour renforcer une jurisprudence paisiblement régnante; et les auteurs en grand nombre, MM. Duranton, t. XIX, n° 92; Zachariæ, ou plutôt

Digitized by Google

Aubry et Rau, t. II, p. 109; Rolland de Villargue, au Répertoire du notariat, mot *Privilége*, n° 65, et M. Troplong, *Hypoth.*, t. Ier, n° 156.

2. Il est vrai cependant que tous les auteurs qui ont écrit avant 1824 ont entendu que le bail verbal ou sous seing privé *n'avaient pas privilége pour les années échues.* — A leur tête, il faut placer M. Merlin, dont la doctrine n'est pourtant pas explicite, mais qui après avoir dans le cours du mot *Bail*, au § 7, n° 8, au Répertoire où elle était traitée selon l'ancien droit, indiqué le nombre de termes conservés au privilége par diverses coutumes, s'est borné à dire : « L'article 2102 du Code civil » établit *sur tout cela* UNE RÈGLE UNIFORME. Il accorde le privilége » dont il s'agit, savoir, pour tout ce qui est échu et pour tout » ce qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si étant » sous signatures privées, ils n'ont pas une date certaine, pour » une année à partir de l'expiration de l'année courante. » — Peut-être y a-t-il prévention de notre part en le lisant; mais il nous semble que cela veut dire, quant au bail qui n'a ni authenticité, ni certitude de date, que les diversités de coutume sont effacées par le Code qui n'accorde aux baux verbaux que l'année courante et l'année qui suivra.

Mais du moins sont explicites pour refuser les années échues aux bailleurs sans bail authentique ou sans date certaine, MM. Riffé-Caubray et Delaporte (*Pandectes françaises, t. XV, p. 129, édition* 1806); Favard de Langlade (*Répert.*, mot *Privilége, sect.* 1, § 2, *n°* 4.); Tarrible, au *Rép.* de Merlin, mot *Privilége de créance, sect.* 3, § 2, *n°* 5, et dans son discours pour demander au Corps législatif l'adoption des articles 819 et suivants du Code de procédure civile (*Locré, t. XXIII p.* 167 *et* 168); Delvincourt, (t. III. p. 151 et à la note 3, p. 272, 2e pagination); Grenier, (*Traité des hypothèques, t. II, p.* 29); et Persil (*Régime hypothécaire*, p. 51, éd. de 1806); et depuis, quelques jurisconsultes ont eu le courage de renouveler cette opinion, MM. Coulon (t. II, p. 81. 24 *dialogue*), Valette (*sur les priviléges*, n° 63), Henri Demante (*Revue étrangère et fr.*, t. IX, p. 197) et surtout M. le conseiller Pont, dans son *Commentaire sur le titre des priviléges et hypothèques*, n° 127, p. 86. — Nous renvoyons le lecteur à ces divers ouvrages.

3. Nous sommes aussi de cet avis aujourd'hui réprouvé : mais avant que de le justifier faisons bien connaître l'opinion con-

Digitized by Google

traire. Elle est fondée sur des motifs raisonnables, séduisants, et le lecteur sait bien que nous serons fidèle dans l'Exposé que nous en tracerons.

4. Le privilége du propriétaire est antique et respectable. On le trouve en droit romain, où le contrat de bail, du moins pour les maisons d'habitation, donnait une hypothèque tacite sur tout ce qui y était amené et placé, *in invectis illatis* (L. 4, ff., *De pactis;* L. 4, *Ex quibus causis pign.;* L. 5, 6, ff., *Qui pot. in pign.*). Dans notre droit français, qui n'admettait pas l'hypothèque des meubles, ce droit a dégénéré en privilége; mais on n'a pu s'empêcher de reconnaître que ce privilége résultait d'un gage tacitement accordé au locateur par la nature même du contrat; aussi sous notre Code, le locataire et le fermier peuvent être expulsés *s'ils ne garnissent pas* la maison de meubles suffisants, ou la ferme, des bestiaux et des ustensiles nécessaires à son exploitation (art. 1752 et 1766). Ce n'est donc pas du titre *des Priviléges* que les propriétaires tirent leur droit, c'est du contrat lui-même, qui ne peut jamais tromper les tiers, car la jouissance de la maison ou de la ferme d'autrui est un fait public. C'est pourquoi l'espèce de saisie que les coutumes avaient permise aux propriétaires s'appelait GAGERIE. Les meubles qui garnissent la maison et la ferme sont donc affectés au propriétaire dès leur entrée dans la maison, comme le gage est affecté au créancier nanti dès l'instant qu'il est entré en ses mains ou en celle du tiers convenu pour en avoir la garde (C. Nap., 2076); la présence d'un gage rend le créancier plus facile, et en matière de nantissement, la dette contractée postérieurement au gage peut être une cause suffisante pour que le créancier gagiste retienne la chose (C. Nap., 2082) : à plus forte raison, le propriétaire doit-il être payé *de tous les loyers échus* sur ce qui garnit la maison ou la ferme par préférence à tous les autres. La valeur du gage qu'il retenait de droit dans les lieux à lui appartenant, et dont il est si bien saisi, que l'article 2102-1°, *dernier alinéa*, lui confère un droit de suite en cas de déplacement, cette valeur a donc motivé sa condescendance et le crédit qu'il a fait : car, dit M. Troplong (*Priviléges et hypothèques*, n° 150), « le bail est un acte continu qui, quoiqu'il se compose » de plusieurs années, ne doit pas recevoir d'intermission. C'est » vainement qu'on dirait que le propriétaire a à s'imputer de ne » s'être pas fait payer les années précédentes; qu'en laissant

Digitized by Google

» s'accumuler les loyers, il nuit aux autres créanciers du loca-
» taire, et que même par fraude et collusion, il pourrait sup-
» poser n'avoir pas été payé, tandis que réellement il l'aurait
» été : on répondra toujours qu'il est de la nature du contrat de
» bail de donner droit au propriétaire, non pas seulement pour
» une année, mais même pour toutes celles qui lui sont dues. »

Ainsi parle M. Troplong, à l'occasion des baux authentiques; et dans cette hypothèse, sa doctrine est certaine et conforme à l'article 2102; d'ailleurs, il faut bien reconnaître que dans la pensée de M. Troplong, même avec un bail authentique, il serait libre aux autres créanciers de prouver la fraude, si elle existait, et que les créanciers auraient droit, dans leur intérêt, d'exciper de la prescription de cinq ans, s'il n'y avait pas d'actes interruptifs, quoique le débiteur ne proposât pas l'exception.

5. On part donc du même principe de continuité de la jouissance et de droit implicite de gage dès le commencement sur tout ce qui garnit la maison ou la ferme, pour attribuer aux locations verbales un privilége pour *tout ce qui est échu.* Le fait de possession à titre de louage est un fait public : donc, on ne peut tromper les tiers sur le temps de l'entrée du locataire. Ses créanciers sont gens qui le connaissent et savent où il a demeuré; donc, pas de fraude possible sur le point de départ. Quant à la supposition d'une réclamation frauduleuse et collusoire de loyers précédemment acquittés, le danger est le même pour les baux notariés. La loi, si elle eût craint cette fraude, n'aurait donc pas accordé même aux baux authentiques de privilége pour tout ce qui est échu. Donc, les mots « *pour tout ce qui est échu* » de l'article 2102-1°, doivent s'entendre des baux verbaux comme des baux authentiques.

6. Mais ce n'est pas M. Troplong qui part du principe de continuité de jouissance pour accorder *tous les loyers échus* aux locateurs par bail verbal : il dit, au contraire, sur l'opinion de MM. Tarrible, Grenier et Persil, quant aux loyers échus avant la saisie des créanciers, et à la crainte des fraudes sur l'étendue du prix ou sur le nombre des années arriérées : « Cette doctrine
» paraît d'autant mieux fondée *qu'elle semble avoir pour elle le*
» *texte même de l'article* 2102, qui ne parle que d'une année à
» partir de l'année courante, et c'est ce qu'a jugé un arrêt de la
» Cour de Bordeaux, du 12 juin 1825..... » Il semblerait donc

Digitized by Google

que l'illustre auteur va se réunir aux auteurs contemporains du Code..... mais point du tout; il remarque qu'ils sont d'accord que l'année qui suivra l'année courante sera privilégiée, mais qu'il y a dissentiment entre eux sur la question de savoir si partie de l'année courante doit être ou non privilégiée; et, tout d'un coup, ne voulant pas s'occuper « de ces dis- » tinctions, dont la raison ne peut être donnée par les auteurs » qu'au moyen d'explications plus ou moins contestées, il cède » à l'autorité d'un arrêt de la Cour de cassation, qui a inter- » prété l'article 2102 d'une manière plus simple, et par cela » même plus satisfaisante pour l'esprit qui répugne toujours à » ce qui est embarrassé, » en décidant que l'article 2102 n'a jamais refusé au locateur par bail purement verbal privilége pour toutes les années échues. Nous ne croyons pas qu'on doive rejeter une opinion conforme au texte de la loi, parce que sur une question accessoire, il y aurait dissentiment entre les interprètes. C'est à nous d'adopter celle des deux opinions sur le point accessoire qui se trouve conforme au texte et à l'esprit général de l'article.

7. Maintenant arrivons à l'arrêt de cassation du 28 juillet 1824. — Ce qu'il a de singulier, c'est qu'il ne s'agissait même pas d'une année entière de bail. La difficulté n'était pas si toutes les années antécédentes étaient privilégiées; mais *si l'année courante* l'était. — *Nabrin* avait loué sans bail une maison de campagne près de Meaux, à *Clairé*, à raison de 50 francs par mois. Les meubles de celui-ci furent saisis et vendus; *Nabrin* voulut être payé *par privilége de dix mois* de loyers échus. Le tribunal de Meaux adopta l'opinion de M. Grenier, qu'il n'y a pas de privilége pour l'année courante, qu'il n'y en a que pour la suivante, chose bien indifférente à *Nabrin*, qui avait reloué sa maison. Sur le pourvoi, Me Jacquemin soutint que le législateur, dans le deuxième alinéa de l'article 2102, n'avait restreint et voulu restreindre que le privilége *des loyers à échoir;* que cet article ne s'est pas prononcé à l'égard des loyers échus, parce que *l'équité*, *l'usage* et *la force* des choses ayant établi le privilége des loyers échus, le législateur *n'avait pas eu à s'en occuper directement*, quant au bail verbal dans le Code civil; que d'ailleurs le privilége des loyers échus est établi dans les articles 661, 662 et 819 du Code de procédure civile, sans distinction entre le bail verbal et le bail écrit. — Le jugement du tribunal de Meaux fut

Digitized by Google

donc cassé (et il devait l'être pour tous ceux qui, comme nous, pensent que l'année courante est privilégiée); mais par des motifs qui s'étendent aux années antérieures, et qui résolvent contre notre opinion la question du privilége des années échues avant l'année courante. La Cour de cassation a dit : « Si l'article 2102-1°, dans son premier alinéa, accorde au » propriétaire un privilége..... pour tout ce qui est échu et » tout ce qui est à échoir, lorsque le bail est authentique, » ou qu'il a date certaine, on ne peut pas se prévaloir de cette » disposition pour expliquer le second alinéa. En effet, si » ce même article, dans son second alinéa, *limite* le privi- » lége du propriétaire à une année à partir de l'expiration de » l'année courante, lorsque le bail n'est pas authentique, ou que » la location n'est que verbale, il ne s'ensuit nullement qu'il » ait voulu priver le propriétaire de son privilége pour les loyers » échus [1]; au contraire, *l'intention évidente* du législateur a été » de conférer au propriétaire un privilége *pour tout ce qui est* » *échu*, soit qu'il y ait bail, soit *qu'il n'y en ait pas;* d'ailleurs, » cette *intention* est clairement manifestée par les articles 661 » et 662 du Code de procédure civile, dont le premier porte » que le propriétaire fera statuer préliminairement sur son pri- » vilége pour raison des loyers à lui dus, et dont le second dé- » clare que les frais de poursuite seront prélevés par privilége » avant toute créance autre que celle pour loyers dus au pro- » priétaire. De plus, cette intention se trouve encore exprimée » dans l'article 819 du même Code, qui donne au propriétaire » le droit de faire saisir pour loyers échus les meubles garnis- » sant la maison louée, et même ceux qui auraient été dépla- » cés sans son consentement, sur lesquels il lui donne le droit » d'exercer son privilége, pourvu qu'il en ait fait la reven- » dication conformément à l'article 2102 du Code civil. »

8. Résumons cette doctrine.

Le bail verbal est protégé *pour ce qui est échu* à l'égal du bail authentique :

Car les locations verbales, comme les locations par baux authentiques, renferment, par la nature du contrat, un droit spécial de gage sur tout ce qui garnit les lieux loués;

[1] Dans notre système, nous aurions dit restrictivement : « *pour les loyer échus et à échoir* de l'année courante. »

Digitized by Google

Car les locations verbales, comme les baux authentiques, sont continues, et leur commencement, consistant dans un fait certain de jouissance, n'est pas plus incertain que le commencement des locations par acte notarié;

Car le danger des fraudes entre propriétaires et locataires, pour cacher les loyers payés et nuire aux créanciers, existe également dans l'un et l'autre cas;

Car s'il fallait s'en rapporter au texte de l'article 2102, la dernière année d'occupation des locations verbales ne serait pas privilégiée, et l'année suivante le serait seulement : conséquences bizarres qui contraignent à chercher une solution *dans l'intention* de l'article 2102 plutôt que dans son texte;

Car, par suite de ce qui vient d'être signalé, l'intention du second alinéa est évidemment de limiter le privilége pour l'avenir seulement autrement que pour les baux authentiques, mais de le laisser subsister pour tout le passé comme pour les baux authentiques;

Car le Code de procédure viendrait au besoin expliquer le Code civil et même y déroger par ses articles 661, 662, 819 et suivants, qui s'appliquent aux baux verbaux comme aux baux authentiques.

Tel est le système de la jurisprudence actuelle : il est clair, conséquent dans sa marche, et entraînant. Seulement, en accordant par privilége aux locateurs par location verbale, les années antérieures à l'année courante, il fait dire à la loi CE QU'ELLE N'A PAS DIT, ET CE QU'ELLE N'A PAS VOULU DIRE.

9. En effet, bien que le droit du locateur sur tout ce qui garnit la maison et la ferme soit une espèce de gage, on ne pourrait induire un privilége des articles 1752 et 1766, car la loi ne le dit pas. Tout ce que l'on en pourrait induire, ce serait un droit de rétention jusqu'à payement. Point de difficulté pour le gage proprement dit, car l'article 2073, au titre *Du nantissement*, porte textuellement que le gage confère au créancier le droit de se faire payer sur la chose *par privilége et préférence* aux autres créanciers; et par conséquent, il n'aurait pas été, sous ce rapport, besoin d'insérer au titre *Des Priviléges et hypothèques*, à moins que ce ne fût *pour ordre*, la nouvelle disposition de l'article 2102-2° : « Est privilégiée *la créance sur le gage dont le créancier est saisi;* » mais le second alinéa de l'article 2082, au

Digitized by Google

titre *Du nantissement*, n'accordant qu'un droit de rétention sur le gage pour la dette nouvelle contractée depuis la mise en gage avec exigibilité avant l'échéance de la dette, il devenait nécessaire qu'au titre *Des priviléges et hypothèques* il y eût une disposition formelle en termes assez généraux pour embrasser les deux cas, celui de gage constitué et celui de gage retenu, quand le créancier serait réduit à faire vendre le gage : « *La créance sur le gage dont le créancier est saisi.* »

Mais certainement; il n'y a rien de pareil au titre *Du louage.* Donc, par les articles 1752 et 1766, la loi n'établit qu'un droit de rétention, dont Pothier, non pas sous le droit Romain, mais sous notre ancien droit français, décrit parfaitement les effets[1] dans son *Traité de procédure civile*, 4e *partie, ch.* 2, *art.* 6, § 3. Ainsi, si nous n'avions pas le Code de procédure civile, un locateur par bail verbal pourrait *s'opposer* aux saisies-exécutions faites sur son locataire, et empêcher la vente des meubles, par la simple allégation qu'il lui est dû cinq années de loyers (temps fixé pour la prescription), le terme non échu, et sûreté pour le temps de la relocation, et faire renoncer les saisissants à la saisie, ou les contraindre à intenter contre lui une action pour concert et simulation frauduleuse de créance, où la preuve incomberait aux créanciers saisissants.

10. Mais le Code de procédure est venu, et, par l'article 609, il a proscrit les oppositions à saisies-exécutions et les oppositions à vente admises sous l'ancien droit en ordonnant que

[1] « Le seigneur d'hôtel ou de métairie a droit *de s'opposer* à la saisie qu'un » créancier de ses locataires ou fermiers a fait des meubles qui exploitent son » hôtel, et d'en faire prononcer la mainlevée; si mieux n'aime le créancier » saisissant se charger envers le seigneur d'hôtel ou de métairie de l'entre- » tien et de toutes les obligations du bail, non-seulement pour ce qui est » échu, mais pour ce qui est à échoir jusqu'à la fin du bail, et de lui en » donner à cet effet bonne et suffisante caution.

» Le fondement de cette opposition est que les meubles qui exploitent l'hô- » tel ou la métairie servent de nantissement au seigneur pour toutes les » obligations du bail : d'où il suit qu'il est en droit d'empêcher qu'*aucun* » *autre créancier* ne les en déplace, en les faisant saisir et vendre au pré- » judice de ce nantissement, à moins qu'il ne lui donne une entière sûreté » pour toutes les obligations du bail.

» Le créancier assigné par le seigneur d'hôtel ou de métairie pour être » statué sur cette opposition, doit donc se charger du bail et donner caution, » ou laisser prononcer la mainlevée de la saisie. » (POTHIER, *loc. cit.*)

Telle était la procédure avant 1807.

Digitized by Google

« les créenciers du saisi, pour quelque cause que ce soit, MÊME » POUR LOYERS, ne pourront former opposition que sur le prix de » la vente. » De sorte qu'aujourd'hui les créanciers saisissants font vendre, sauf l'exercice du droit du propriétaire sur le prix : ainsi, le droit de rétention en matière de location, subsistant toujours de locateur à locataire, n'existe plus à l'égard des saisissants ; il ne laisse plus au locateur à l'égard des créanciers que le privilége sur le prix !

11. Où ce privilége est-il réglé ? Dans l'article 2102-1°. Pas ailleurs. La question sera donc : Y a-t-il privilége écrit dans cet article pour tous les loyers échus dus sans écrit au temps de la saisie, ou, du moins, peut-on y trouver une portion de loyers échus implicitement compris par ses termes? — Cette question étant ainsi fixée ici, nous l'examinerons plus tard. Continuons à éliminer les raisons de douter.

12. Autre considération. La *continuité* du contrat! Si ce n'est pas le contrat de louage qui confère par lui-même le privilége; s'il ne confère que le droit de rétention et que le privilége et son étendue doivent être spécialement réglés par la loi, la continuité ne sera de nulle considération : il n'en faudra pas moins revenir à la question de texte. Peut-on tirer du texte de l'article 2102-1°, qu'il y a privilége au cas de bail par écrit pour tous les loyers échus ou au moins pour une portion desdits loyers.

D'ailleurs, ce qu'a dit M. Troplong (V. ci-dessus n° 4) sur la continuité des baux authentiques qui, ne formant qu'une seule convention, doivent en embrasser toute la durée dans l'intention commune des parties quant aux sûretés données pour son exécution, n'a certes pas le même degré de vérité pour les locations verbales qu'il est permis aux parties de faire cesser suivant l'usage, par la volonté de l'une d'entre elles, s'il s'agit de maison (1736). Il n'y a donc pas lieu à s'arrêter aux deux premières considérations.

13. Nous passons à la troisième : le danger des fraudes entre propriétaires et locataires, qui veulent soustraire à la connaissance des créanciers les loyers payés jusqu'à leur saisie, est le même, que le bail soit authentique, ou que la location ne soit que verbale.

Nous reconnaissons que le bail même verbal, produisant une jouissance publique comme locataire, n'a pas d'incertitude

Digitized by Google

dans son commencement; qu'ainsi, pas plus qu'avec un bail authentique, on ne pourrait supposer une occupation qui n'aurait pas eu lieu.

Nous reconnaissons encore qu'il est aussi possible avec un bail notarié qu'avec un bail authentique, de supprimer ou de cacher d'anciennes quittances, qui sont toujours sous signature privée, et de supposer frauduleusement dues encore, des années de location précédemment payées!

14. Néanmoins, c'est des locations verbales que l'on s'était le plus défié autrefois; c'est aussi de ces locations qu'on doit le plus se défier aujourd'hui : car les baux authentiques se font pour des locations importantes, à gens ayant des affaires plus ou moins considérables. Si c'est à des commerçants ou à des industriels quelque peu notables, leurs livres constatent leurs dépenses annuelles, et par conséquent serviraient à découvrir la fraude. Il y a bien d'autres moyens de la découvrir quand l'intérêt des créanciers est grave, et vaut la peine de faire les frais nécessaires pour découvrir la vérité cachée.

Mais les menus rentiers, les petits employés, les journaliers, les artisans modiques, les ouvriers travaillant à façon, les petits marchands, et une foule innombrable de gens dont l'existence est étroitement resserrée dans un mince revenu (ce qui n'empêche pas de contracter des dettes), ne sont locataires que par bail verbal. C'est pour cette foule innombrable qu'il est juste de couper court aux fraudes et aux procès, en ôtant tout privilége aux propriétaires qui voudraient réclamer plus d'une année échue.

Dans l'ordre moral, ce sont les petits propriétaires, ou les principaux locataires de maisons divisées en petites locations, presque toujours verbales, qui sont le plus enclins à se prêter à ces arrangements frauduleux; quelques-uns par intérêt, mais la plus grande partie, par un sentiment mal dirigé de pitié et de commisération pour de pauvres locataires, afin d'éviter d'en voir les meubles mis en vente.—Sous l'ancien droit et avant le Code de procédure, le locateur n'avait même pas toujours à porter sa prétention mensongère devant la justice, il formait *opposition à la saisie*, sous prétexte que plusieurs années de loyers lui étaient dues. Tout s'arrêtait là pour lui ordinairement. Les créanciers, redoutant l'impossibilité de prouver le concert frauduleux et craignant les frais, quand il

Digitized by Google

s'agissait d'un mobilier de modique valeur, ne demandaient pas mainlevée de l'opposition; et le locateur, dans sa fausse conscience, s'applaudissait en soi-même d'avoir rendu un service au locataire, et de n'avoir pas eu les mains souillées de l'argent d'autrui.

Il est donc bien certain qu'il y a une différence grave entre les baux authentiques et les locations verbales; que dans les baux authentiques, l'intérêt est ordinairement assez étendu pour que les créanciers cherchent à déjouer la fraude; mais que dans la plupart des locations verbales, le législateur fera mieux de borner le privilége environ à une année échue, pour éviter ces fraudes multipliées et ne leur laisser pour s'exercer qu'un temps très-court.

Certes, il est vrai qu'il y a des locations par acte sous seing privé qui sont faites de très-bonne foi et pour de graves intérêts; il est vrai encore qu'il y a des propriétaires qui, par pure bienveillance, laissent amasser plusieurs termes et même plusieurs années de location; mais quand le législateur fait une loi qui prive les tiers de participer au droit de distribution proportionnelle des biens du débiteur, il doit régler le privilége sur les cas les plus nombreux, éviter les fraudes habituelles et les plus faciles, et empêcher les procès. Pourquoi n'a-t-on pas fait d'acte authentique, ou du moins d'actes sous seings privés enregistrés?

Nous venons de réfuter les arguments tirés de la nature du bail, de sa comparaison avec le contrat de gage, nous avons prouvé qu'il ne produisait par lui-même qu'un droit de rétention, même envers les créanciers; droit qui n'a cessé de pouvoir être opposé aux créanciers saisissants qu'en 1807, époque de la mise en activité du Code de procédure civile; nous avons prouvé également que le danger des fraudes entre propriétaires et locataires était plus fréquent dans les locations verbales que dans les baux authentiques; que s'il est possible dans ceux-ci, leur importance offrant ordinairement un intérêt véritable, la fraude pourrait être combattue par les preuves judiciaires; qu'au contraire, la multitude des locations verbales, la modicité de l'intérêt dans la plupart d'entre elles, même quand plusieurs années sont accumulées, la crainte de fraudes fréquentes, que la prudence ne permettrait pas de poursuivre à grands frais, ont dû imposer au législateur de faire une différence *pour les*

Digitized by Google

années échues, entre le bail authentique et le bail verbal.

15. Nous n'avons donc jusqu'à présent écarté quelques arguments, qu'afin de dégager l'inconnue : Arrivons maintenant à la question principale. *L'article* 2102-1° *accorde-t-il aux locations verbales le privilége, pour les années qui précèdent l'année courante?* — Nous avons répondu que non; qu'elle ne le leur accorde ni textuellement, ni implicitement; et pour le prouver, nous exposerons quel était l'état de la question au moment de la confection du Code civil; les diverses rédactions de notre article, le sens qu'on en doit tirer, puis les divers arguments de la Cour de cassation pour réfuter notre doctrine. Et nous avertissons nos lecteurs, que dans la première partie de nos raisonnements nous ferons abstraction du Code de procédure civile; mais dans la seconde nous aurons à examiner si le Code de procédure a dérogé au Code Napoléon.

16. Voyons donc quel était l'état de la question au moment des travaux préparatoires du Code, et quelle était sur ce point la jurisprudence constante depuis longtemps au Châtelet de Paris, rappelée si opportunément par M. P. Pont dans son excellent ouvrage sur les hypothèques. Si elle a duré jusqu'au Code civil, et qu'elle soit en tout le reste, le type de l'article 2102-1°, il deviendra très-probable que l'intention des rédacteurs a été de l'adopter, même quand cette jurisprudence établie contre les fraudes n'aurait pas cru devoir s'asservir aux règles du droit.

L'article 161 de la coutume de Paris déclarait « loisible à un » propriétaire d'aucune maison par lui baillée à titre de loyer, » faire procéder par voie de gagerie en ladite maison, *pour les » termes à lui dus* pour le louage, sur les biens étant en icelles; » et l'article 171, que « les propriétaires des maisons sises ès villes » et faubourgs et fermes des champs, peuvent suivre les biens » de leurs locatifs ou fermiers exécutés [1], encore qu'ils soient » transportés, *pour être premiers payés de leurs loyers* ou mai- » son, iceux arrêter jusqu'à ce qu'ils soient vendus et délivrés » par autorité de justice. » Pareille loi est bien générale, et selon nous comprend tous les termes échus, qu'il y ait bail authentique ou bail verbal.

Néanmoins le Châtelet de Paris avait une tout autre juris-

[1] Sous-entendez : « *par d'autres créanciers saisissants.* »

Digitized by Google

prudence. Il n'accordait de privilége aux propriétaires de maisons, qui n'avaient point fait de baux écrits, que pour trois termes échus et le terme courant. Sa jurisprudence est attestée par quatre actes de notoriété des 16 février 1688, 4 août 1692, 24 mars 1702, et 19 septembre 1716 [1].

[1] Cette jurisprudence étant, selon nous, le type primitif de notre article 2102-1°, nous rassemblerons ici ces quatre actes de notoriété pour qu'on en ait le texte sous les yeux.—Comme ils ont été délivrés dans des circonstances différentes, les uns ont des développements qu'on ne trouve pas dans les autres.

ACTE DE NOTORIÉTÉ *du 7 février* 1688. — (Denisart, 3e édition, p. 54.)

« ..... L'usage qui s'observe au Châtelet de Paris, touchant les loyers des maisons, est différent quand le propriétaire est fondé en bail, ou quand il n'y a point de bail, et que le locataire jouit en conséquence d'*une convention verbale;* auquel cas le propriétaire de la maison, ou le principal locataire, ne peut avoir la préférence et exercer le privilége qui lui est accordé, que *pour les trois termes* précédant la saisie et le courant : il doit s'imputer s'il n'a pas fait de diligence pour se faire payer; et à l'égard de l'avenir, il est à sa liberté d'expulser son locataire, si, après qu'un créancier a fait vendre ses meubles, il ne garnit pas les lieux de meubles exploitables suffisants pour la sûreté des loyers qui écherront; — mais *lorsqu'il y a un bail* [authentique], il est constant que les meubles qui sont dans la maison sont le gage spécial et privilégié pour la sûreté des loyers, en sorte que le propriétaire est *préféré à tous les créanciers* pour les sommes *qui lui sont dues lors de la saisie, et pour tout ce qui lui sera dû* jusqu'à l'expiration du bail; auquel cas les créanciers peuvent faire leur profit et recevoir les loyers pendant le cours du même bail..... »

ACTE DE NOTORIÉTÉ *du 4 août* 1692. — (Même recueil, p. 108.)

« ..... [Après les frais funéraires] sont payés les propriétaires de ce qui leur est dû de loyers de maison pendant tout le cours du bail, échus et à échoir, et en cas qu'il n'y ait point de bail, se payent seulement trois termes de loyer et le courant; et après les propriétaires, se payent les médecins, etc., etc... »

ACTE DE NOTORIÉTÉ *du 24 mars* 1702. — (Même recueil, p. 224.)

« ..... Suivant la coutume, lorsqu'il n'y a point de bail, le propriétaire est préféré pour trois termes et le courant. — Il en est de même lorsque le bail est sous seing privé (Denisart ajoute en note : « à moins que ce bail n'ait été reconnu en justice avant la saisie »). Mais lorsqu'il y a un bail authentique, le propriétaire est préféré pour tout le cours du bail (sauf aux autres créanciers à faire leur profit des loyers), jusqu'à concurrence du prix de la vente des meubles.. .. »

ACTE DE NOTORIÉTÉ *du 19 septembre* 1716. — (Même recueil, p. 408.)

« ..... Le privilége d'un propriétaire de maison sur les meubles de son locataire étant dans sa maison est non-seulement fondé sur la disposition du

Digitized by Google

17. Cette jurisprudence régnait encore lors de la publication du Code Napoléon : elle est attestée par Pothier, *Contrat de louage*, n° 253, imprimé en 1721 ; par Bourjon, *Droit commun de la France*, t. 2, p. 684, imprimé en 1770; par Guyot, *Répertoire de jurisprudence*, au mot bail, 1re édition, 1776; enfin par les auteurs des *Pandectes françaises*, t. 15, p. 126, imprimé en 1806.

18. Les articles 909 et 1102 du troisième projet du Code civil, rapporté en messidor, an IV, par Cambacérès, étaient radicaux et restreignaient outre mesure le privilége du propriétaire, *sans distinction* entre les baux authentiques et les locations verbales. — Le premier permettait au propriétaire de faire saisir et vendre les meubles du locataire, à défaut de payement du terme courant et du dernier terme échu; le second accordait le privilége pour le dernier terme et le terme courant. — Rien pour la relocation; mais les termes pour les maisons étaient de six mois payables par avance, art. 908 (Fenet, t. I, p. 301 et 324).

La commission de l'an VIII, dans son projet du Code civil au titre *du Louage*, art. 40 et 41 (Fenet, t. II, p. 557), avait établi l'obligation du preneur de garnir les lieux à peu près dans les mêmes termes que les articles 1752 et 1766, et par conséquent on devait en induire le droit de rétention du bailleur, comme nous l'avons dit ci-dessus, n° 9, des articles 1752 et

droit, mais encore sur celles des coutumes, et notamment de la coutume de Paris, laquelle, par la force de ce privilége, donne par l'article 161 droit au propriétaire de saisir et gager les meubles étant dans sa maison, sans autre titre que la qualité de propriétaire, et par l'article 171, le droit de suivre les meubles saisis par d'autres créanciers du locataire, quoique transportés, pour être le premier payé de ses loyers. — Quant à l'étendue de ce privilége et pour quelle quantité de loyers il doit avoir son effet, ON DISTINGUE s'il y a bail par-devant notaires ou s'il n'y a bail que sous seing privé, ou même s'il n'y a point de bail. *Dans les* DEUX *derniers cas*, le privilége du propriétaire contre les autres créanciers du locataire, *n'a lieu que pour trois termes échus* et le courant. — Mais lorsqu'il y a bail passé par-devant notaires, le privilége du propriétaire contre les créanciers du locataire *a lieu pour tous les loyers échus et qui doivent échoir* pendant le temps pour lequel le bail a été fait, et pour toutes les charges dudit bail, parce que c'est un titre authentique qui assure au propriétaire le droit et le privilége que la qualité de sa créance lui donne sur les meubles étant dans sa maison. Ce qui a toujours été jugé ainsi au Châtelet en faveur des propriétaires contre les créanciers de leurs locataires, *sauf auxdits créanciers à faire leur profit de la maison* pendant le temps qui reste à expirer du bail. »

Digitized by Google

1766 du Code; mais elle avait supposé dans l'article 52, que le défaut respectif du bailleur et du preneur résolvait le bail. L'équité supposait des dommages-intérêts pour tenir lieu de l'exécution du bail.

D'après ces principes, la commission ne pouvait pas suivre tout à fait la voie ouverte par le Châtelet. Dans l'article 8, 3°, du titre des Priviléges et hypothèques (liv. III, tit. 6. Fenet, t. II, p. 212), elle proposa que « les loyers et fermages des » immeubles fussent privilégiés....., SAVOIR, *pour tout ce qui est » échu et pour le terme courant*, si les baux sont authentiques; » ET A DÉFAUT de baux authentiques, ou lorsqu'étant sous signa- » ture privée ils n'ont pas de date certaine, *pour une année » seulement*, y compris le terme courant. »

La commission ajoutait : « Dans les deux cas ci-dessus, le » privilége du propriétaire a lieu en outre pour le loyer ou fer- » mage pendant le temps nécessaire, suivant les usages des » lieux, pour relouer ou affermer lesdits immeubles, ainsi que » pour les réparations locatives et pour tout ce qui concerne » l'exécution du bail. »

Sous un pareil texte, il est certain qu'*avec un bail authentique*, il y avait privilége pour tout ce qui était dû au moment de la saisie, *termes échus et partie du terme courant*, quant au passé; et quant à l'avenir, pour la *partie restant à courir* du terme non échu.

Et qu'à défaut de baux authentiques, le privilége se bornait pour le passé *aux termes échus de la dernière année de jouissance et à ce qui s'était écoulé* du terme courant; et pour l'avenir, à la partie restant à courir du terme non échu.

Mais le privilége s'augmentait dans les deux cas pour l'avenir, 1° du temps nécessaire à la relocation suivant l'usage des lieux, si la portion du terme à échoir était insuffisante; 2° pour l'indemnité due pour réparations locatives; 3° pour tout ce qui concernait l'exécution du bail, c'est-à-dire, même à l'indemnité due à cause de la résolution forcée du bail.

19. Les observations des tribunaux sur cet article doivent aussi attirer notre attention.

Le tribunal de cassation demanda pour les baux non authentiques *une année* et *l'année courante*[1].

[1] TRIBUNAL DE CASSATION. « Le privilége des fermages, en cas de baux non

Digitized by Google

Le tribunal d'appel de Bruxelles[1] demanda le rejet de la distinction entre les baux authentiques et les locations verbales; et désirait voir borner, dans tous les cas, le privilége du propriétaire *à une année d'arrérages et la courante.*

Le tribunal d'appel de Lyon[2] critiqua la distinction entre les baux authentiques et les baux sous seings privés : mais le reste de son observation prouve qu'il ne voulait accorder ni aux uns ni aux autres les années échues : il fallait régler le nombre des termes arriérés pour les fermages, et n'accorder au propriétaire de maisons *qu'un terme échu et le courant.*

Le tribunal d'appel de Paris[3], alors présidé par M. Treilhard,

» authentiques, paraît devoir être accordé *pour une année et l'année cou-* » *rante;* et la même extension semblerait convenable pour les gages dus aux » gens de service. » (Fenet, t. II, p. 693.)

[1] Tribunal d'appel de Bruxelles. « L'authenticité du bail n'empêcherait » pas l'abus qu'on peut faire de cet article, pour absorber par des fermages » acquittés depuis longtemps les droits des autres créanciers. On tromperait » souvent le bonne foi de ceux qui auront contracté avec le fermier. — La » distinction entre le bail authentique et celui qui ne l'est pas est hors la » nature du contrat et de ses effets : c'est la qualité de propriétaire et le ca- » ractère de la dette qui donnent le privilége sur les meubles. — Ce privilége » ne doit être ni trop restreint ni trop étendu, et l'on pense qu'en le fixant, » dans tous les cas, *à une année d'arrérages et à la courante*, ce terme suffit » pour assurer les droits du propriétaire et prévenir les abus d'une trop » longue extension. » (Fenet, t. III, p. 273.)

[2] Tribunal d'appel de Lyon. « Tout bail écrit doit produire le même effet, » soit qu'il soit sous seing privé, soit qu'il soit authentique; on ne peut éta- » blir de différence qu'entre le bail et le défaut de bail.

» On doit distinguer, pour le nombre des termes échus, entre les fermages » que les circonstances forcent quelquefois de laisser arrérager, et les loyers » des maisons, qu'on exige à chaque terme. Le propriétaire ne doit avoir de » privilége que *pour le dernier terme et le courant*, à moins qu'il ne justifie » de ses diligences. » (Fenet, t. IV, p. 231.)

[3] Tribunal d'appel de Paris. « Il faut ajouter dans le premier cas (celui du » bail authentique), aux termes échus et au terme courant, tous les loyers à » échoir jusqu'à la fin du bail, sauf aux créanciers à faire leur profit de la » maison ou ferme louée, et à la relouer pendant le restant du bail, si bon » leur semble. C'est l'usage observé invariablement à Paris, suivant un acte » de notoriété du ci-devant Châtelet de Paris, du 24 mars 1702, qui est fondé » en raison, car les meubles sont la sûreté de tous les loyers à percevoir en » vertu du bail, tant passés que futurs.

» Il est même à observer que le propriétaire a un double droit relativement » au mobilier qui fait son gage. Il peut former simplement opposition à la » saisie, pour être payé sur le prix comme tous les créanciers, et alors il » vient dans l'ordre que le projet lui attribue; ou bien il peut s'opposer

Digitized by Google

a rappelé à l'observance des notoriétés du Châtelet, surtout pour les loyers à échoir en cas de bail authentique.

20. C'est le même M. Treilhard qui, au nom de la section de législation, a présenté le titre *Des priviléges et hypothèques* à la séance générale du 3 ventôse an XII. Nous reproduisons ici l'article 10 du projet de la section tel qu'il est dans le tome V des procès-verbaux, imprimerie de la république, p. 20.

Art. 10. « Les créances privilégiées sur certains meubles » sont :

» 1° Les loyers et fermages des immeubles sur les fruits de la » récolte de l'année, et sur le prix de tout ce qui garnit la » maison louée ou la ferme et de tout ce qui sert à l'exploitation » de la ferme ; savoir, pour tout ce qui est échu, et pour tout ce » qui est à échoir, si les baux sont authentiques, ou si, étant » sous signature privée, ils ont une date certaine ; et, dans ces » deux cas, les autres créanciers ont le droit de relouer la » maison ou la ferme pour le restant du bail, et de faire leur » profit des baux et fermages.

» Et à défaut de baux authentiques, ou lorsque, étant sous si- » gnature privée, ils n'ont point une date certaine, pour une » année à partir de l'expiration de l'année courante,

» Le même privilége a lieu pour les réparations locatives et » pour tout ce qui concerne l'exécution du bail. »

21. Sur cette partie du projet, il ne s'éleva qu'une seule observation de M. Begouen; il demandait une exception pour les baux sous seings privés des biens ruraux, parce qu'étant notoires, ils semblaient devoir donner un privilége; que la fraude y serait difficile et que le système de la section a l'inconvénient d'embarrasser le propriétaire et de l'obliger à être rigoureux avec son fermier. M. Defermon, malgré l'utilité du système de la section pour le trésor public, ajoutait qu'il était désavantageux pour le propriétaire, parce qu'il l'exposait à perdre les fermages arriérés; que la collusion n'était pas vraisemblable, car on ne pouvait la supposer entre le propriétaire et le fer-

» purement et simplement *à la sortie des meubles* jusqu'à ce qu'il soit payé, » et alors sa créance passe avant tout, même avant les frais de justice, dont » il ne retire aucun profit. On ne fait d'exception qu'à l'égard des frais fu- » néraires. » (Fenet, t. V, p. 248.)

Nota. N'oublions pas que tel a été l'exercice du droit de rétention du locateur jusqu'au Code de procédure civile.

Digitized by Google

mier qu'il est obligé de faire exécuter. Mais M. Berenger observait que la collusion serait possible, si l'on accordait aux baux sous seings privés un privilége qui primerait même les créances dont la date serait certaine; et M. Treilhard répondait à M. Begouen que la section aurait craint de donner ouverture à la collusion, si elle eût attaché aux baux qui n'ont pas date certaine l'effet du privilége *pour un temps plus long que l'espace d'une année*, et que la réflexion de M. Berenger était décisive; car si le fait du bail est notoire, les conditions ne le sont pas; qu'ainsi rien n'est si facile au propriétaire que de se concerter avec le fermier pour exagérer le prix de la ferme et frustrer les créanciers. » Le procès-verbal ajoute : « *La proposition de M. Begouen est renvoyée à la section.* » (Édition officielle, p. 40; Fenet, t. XV, p. 353.)

Quoi qu'il en soit de ce renvoi à la section, la nouvelle rédaction, conforme aux amendements adoptés dans les séances des 3, 5, 10 et 12 ventôse, est présentée par M. Treilhard à la séance du 12 ventôse an XII, *textuellement semblable* à la rédaction du 3 ventôse (*édition officielle*, p. 197), sans que personne élève aucune observation, et le consul en ordonne la communication officieuse au Tribunat.

A la séance du 22 ventôse, M. Treilhard fait lecture d'une rédaction nouvelle du titre entier d'après les Observations du Tribunat. L'article qui nous occupe y reste tel qu'à la première rédaction du 3 ventôse; seulement, dans le premier alinéa, après les mots « faire leur profit des baux ou fermages, » la section a ajouté, « *à la charge toutefois de payer au propriétaire » tout ce qui lui serait encore dû.* » Mots qui indiquent une rectification à l'acte de notoriété du 24 mars 1702, qui portait « jusqu'à concurrence du prix de la vente des meubles. »

22. Remarquons tout de suite que cette phrase « *La proposition de M. Begouen est renvoyée à la section,* » ne veut pas dire que la proposition de M. Begouen *est adoptée;* elle ne veut pas dire non plus qu'elle soit absolument rejetée. Elle signifie seulement que la section examinera, s'il y a lieu de l'adopter ou de n'en pas tenir compte.

Nous sommes habitués à juger de la discussion au Conseil d'État par le mécanisme de notre ancienne chambre des députés, où l'on proposait des amendements : mais ce n'est pas là le mécanisme du Conseil d'État pendant la discussion

Digitized by Google

du Code civil. La section de législation était le véritable rédacteur proposant. Le premier Consul a voulu des assemblées générales pour que les lumières sur le droit civil disséminées dans les autres sections, éclairassent le travail et en fissent apercevoir les imperfections à la section chargée de rédiger. — Par conséquent, ce n'était pas toujours par voie d'amendement qu'on procédait : c'était le plus souvent par voie d'observation sur un point pour éveiller celles des autres membres; et si la séance était chargée, et que le Conseil d'État ne trouvât pas la question assez importante pour exiger une discussion approfondie ni un rapport *ad hoc* (comme il est arrivé notamment sur la réserve légale, sur les bases du système hypothécaire, sur le rétablissement de l'action pour lésion énorme), on renvoyait seulement la proposition à la section, pour qu'elle l'examinât dans ses séances particulières et qu'elle y fît droit en un sens ou en un autre. Si, réflexions faites, elle n'approuvait pas la proposition, elle laissait subsister sa première rédaction, sauf à laisser le membre proposant reproduire son observation sur la lecture de la rédaction suivante du projet, et l'on doit croire qu'entre collègues d'un ordre aussi élevé, on s'était entendu courtoisement dans l'intervalle sur le maintien ou le rejet, et sur la raison de décider. Donc, on doit croire que la proposition de M. Begouen était jugée par la section et rejetée par l'assemblée générale, dès la lecture du 12 ventôse.

Nous citerons ici un exemple célèbre de renvoi à la section, sans traces aucunes de ses effets. Il fut *décidé* à la séance du 23 frim. an XI, que l'article 8 du projet de la section (724 du Code sur la saisine de l'héritier légitime), serait renvoyé à la section pour en réduire les dispositions aux successions *ab intestat*. L'article 7 (723), suffisait pour prouver que l'article 724 ne s'appliquait qu'aux successions légitimes. — Or, la section n'a fait aucun changement sur ce point, lors de la lecture du projet modifié.

Il y a plus. La section avait tellement la liberté de rédaction, sans être tenu de s'astreindre à ce qui aurait été dit en assemblée générale, à moins qu'elle n'y fût rappelée lors d'une lecture suivante, qu'elle était maîtresse de ne point insérer dans le nouveau projet des amendements adoptés en assemblée générale qui auraient nui à la simplicité de la loi.

Ainsi sur notre même article 2102-1°, l'assemblée générale

Digitized by Google

avait *adopté un amendement* à la fin de l'alinéa relatif au droit de suite, qui l'aurait terminé par ces mots. « Il n'est rien innové aux lois et usages du commerce sur la revendication. » — La section n'a pas cru devoir l'admettre dans la nouvelle rédaction.

Quelles conséquences tirer de ces faits ?—La première, c'est qu'une proposition, même renvoyée à la section, ne prenait de vie législative, que par l'insertion que la section en aurait faite dans une nouvelle rédaction.

La seconde, que les propositions inutiles faites même en assemblée générale et formulées comme amendements, étaient souvent repoussées de la rédaction définitive; et que tout dépend du texte définitif.

La troisième, qu'au cas particulier, on ne doit pas avoir égard à la proposition de M. Begouen, puisque la section a usé de son droit, en ne la faisant pas entrer dans la rédaction nouvelle, et que personne n'a réclamé lors des lectures suivantes.

Et l'on doit tirer de la discussion cette autre conséquence, que M. Treilhard a déclaré nettement que l'avis de la section était, pour tout autre cas que le bail authentique, de repousser le privilége pour les années arriérées.

23. Nous venons de réunir et de mettre sous les yeux du lecteur toutes les pièces du procès que nous faisons à l'opinion régnante. A leur vue, à leur teneur, est-il possible de croire qu'aucun membre du Conseil d'État, du Tribunat, du Corps législatif ait pensé que le texte accordât *tous les loyers échus* au propriétaire qui n'avait pas de bail écrit!!! Est-ce que tous ces documents et la jurisprudence du Châtelet n'étaient pas connus de tous? Est-ce qu'on pouvait penser à accorder *pour le passé*, au propriétaire sans bail, le droit de réclamer ce qui lui était refusé, depuis plus de deux siècles, sous la coutume de Paris alors régnante?.... Cela est impossible..... Mais, depuis le Code, il s'est passé plus de cinquante ans; mais les vieux ont oublié la formation de l'article; mais les jeunes se sont fort peu occupés d'une question journalière qu'ils trouvaient toute décidée. Pour réparer notre faute commune, comparons donc laborieusement les textes de la commission et de la section.

Le texte de la commission du gouvernement excluait formellement les années précédant l'année courante, par cette construction grammaticale : « Les loyers et fermages sur le prix

Digitized by Google

de....., etc.; savoir, pour tout ce qui est échu et pour le terme courant, si les baux sont authentiques..... Et à défaut de baux authentiques..... pour une année *seulement, y compris le terme courant.* »

La section de législation ne va plus procéder par termes de loyers ou fermages. Elle procédera par années, suivant l'observation du tribunal de cassation. Il est de l'intérêt des tiers que l'étendue du privilége soit la même pour toute la France, et ne dépende pas des usages locaux comme la durée des locations verbales; il est bon aussi que la même règle s'applique, quant à l'étendue du privilége, aux biens de ville et aux biens ruraux.

Mais la section prend la même forme de rédaction que la commission de l'an VIII. Elle déclare privilégiés « les loyers et fermages, sur le prix de tout ce qui garnit.....; savoir, « pour » tout ce qui est échu, et pour tout ce qui est à échoir, si les » baux sont authentiques, etc., etc. . . . . .

» Et à défaut de baux authentiques. . . . . ., pour » une année à partir de l'expiration de l'année courante. »

Si cette forme grammaticale a été prise par la commission pour exclure les baux non authentiques du privilége des années antérieures aux trois derniers termes échus et au terme courant, la logique du langage nous porte naturellement à conclure que la section de législation a pris la même forme pour exclure les baux non authentiques et les locations verbales du privilége des années antérieures à l'année courante et à celle qui peut suivre.

24. On veut que ces mots, « *pour tout ce qui est échu,* » employés dans le premier alinéa, soient également applicables au second... Mais c'est là une prétention contraire à l'histoire de la formation de l'article; contraire au sens de la même construction dans l'article de la commission de l'an VIII; contraire à ce qu'a dit formellement M. Treilhard, que la section n'avait pas voulu accorder l'effet du privilége pour un temps plus long que l'espace d'une année; contraire enfin à la raison grammaticale, qui, annonçant par le mot SAVOIR, *scilicet*, la spécification de deux hypothèses opposées, ne permet pas de transporter dans l'une de ces hypothèses ce qui a été dit pour le cas opposé. Faites la conversion de la phrase, en plaçant chaque hypothèse avant ce que le législateur accorde à chacune

Digitized by Google

et vous en serez convaincus. C'est comme s'il était écrit : « SAVOIR, *si les baux sont authentiques*, ou si étant sous, etc., etc. » ... POUR TOUT CE QUI EST ÉCHU, ET POUR TOUT CE QUI EST A ÉCHOIR ; » *et à défaut de baux authentiques*, ou lorsqu'étant, etc., etc., » ... POUR UNE ANNÉE A PARTIR DE L'ANNÉE COURANTE. » — Certainement personne sous cette forme ne sera tenté de transporter à la seconde hypothèse les mots « *pour tout ce qui est échu.* »

Voudra-t-on, pour forcer le sens, s'accrocher à la virgule placée dans le texte législatif après les mots *pour tout ce qui est échu*, tandis qu'elle n'existait pas dans le projet de la commission? On répondrait d'abord que jamais un signe fugitif de ponctuation, qui dépend du copiste, n'a influé sur l'interprétation d'une loi, et que d'ailleurs ce signe n'a pas eu la puissance de transporter les mots « *pour tout ce qui est échu* » avant le mot SAVOIR, là où ils devraient être placés si les rédacteurs avaient voulu les appliquer aux deux hypothèses qu'ils opposent l'une à l'autre.

On répondrait encore que cette ponctuation existait dans le projet de la section, même avant toute discussion (V. n° 20); on répondrait enfin que la commission ayant dit « *pour tout ce qui est échu et le terme courant.* » n'avait pas placé de virgule parce que, dans le terme courant, une partie même est échue, ce qui excluait division et repos, les commissaires ayant fait un alinéa séparé pour le temps nécessaire à la relocation; et qu'au contraire la section ayant compris le passé et l'avenir dans la même phrase, a cru devoir y placer un signe de division, ce qui n'empêche nullement ces mots de se rapporter uniquement à la première hypothèse.

25. Le grand argument est que notre second alinéa semble exclure l'année courante de tout privilége s'il n'y a pas de bail, ce qui est absurde; et par conséquent, il faut en conclure que *tout ce qui est échu*, même sans bail, est privilégié.

Mais est-il vrai que conformément à l'opinion de M. Grenier (et l'on serait bien tenté d'y joindre M. Tarrible en le lisant au *Répertoire*, s'il n'avait pas dit le contraire dans la discussion du Code de procédure civile), est-il vrai que notre article, dans son second alinéa, refuse au propriétaire sans bail tout privilége pour l'année courante?

Nous pensons qu'il accorde privilége pour ce qui est échu de l'année courante, pour ce qui en reste à échoir, et pour l'année

Digitized by Google

qui commencera à partir de l'expiration de celle qui court au temps de la saisine.

26. Nous rappelons à l'attention de nos lecteurs que la publication du Code civil abrogeait les anciennes lois et les coutumes sur toutes les matières réglées par le Code civil, et par conséquent, comme le Code civil n'était pas une loi de procédure, il laissait subsister dans les ordonnances, dans les coutumes, dans les usages locaux, les dispositions qui pouvaient être regardées comme *lois de procédure*.

Ainsi, à l'époque de la confection du Code et de sa publication, l'article 161 de la coutume de Paris, qui permettait les saisies-gageries aux propriétaires, était et restait en pleine vigueur, ce qui a duré jusqu'au 1er janvier 1807, époque de la mise en activité du Code de procédure civile.

L'article 2102 a donc été écrit pendant la durée d'une loi de procédure qui permettait au propriétaire de saisir-gager et de vendre pour loyers échus, avec cette singularité, que les règlements du Châtelet n'accordaient que l'*année courante* (trois trimestres et le courant).

Il se divise en trois parties :

Une partie principale, relative à la fois aux baux authentiques et à ceux qui ne sont pas authentiques et locations verbales, et qui assure aux loyers et fermages un privilége sur le prix des objets qu'il désigne; et cela sans distinction de la forme des contrats.

Et deux parties subordonnées qui ont toutes deux pour objet de fixer l'étendue du privilége qui vient d'être accordé par la disposition principale.

La première, exclusivement destinée aux baux authentiques, ne borne le privilége que par l'étendue du bail, et l'accorde pour tout ce qui est échu et pour tout ce qui est à échoir.

La seconde, exclusivement destinée aux locations verbales et aux baux sans date certaine, dit que les locateurs auront privilége pour une année à partir de l'expiration de l'année courante, qui, dans le sens de l'article, est aussi privilégiée.

Pour bien comprendre une rédaction obscurcie par le temps, par les auteurs et par le long usage d'une jurisprudence contraire, il faut se placer dans les mêmes idées qui inspiraient les rédacteurs. Ils étaient soumis aux idées qui résultaient de la

Digitized by Google

jurisprudence du Châtelet; la commission de l'an VIII s'y était sur ce point soumise entièrement. Elle avait écrit : « *Et à défaut* » *de baux authentiques..... pour une année seulement, y com-* » *pris le terme courant.* » — La section de législation, abandonnant ici la jurisprudence du Châtelet, et voulant donner un délai plus long, écrit : « pour une année à partir de l'expiration » de l'année courante, » comme si elle avait dit: « pour une » année au delà de l'année courante, qui jusqu'ici a seule été » privilégiée. »

Ce n'est là après tout qu'une *ellipse*, forme grammaticale très-fréquente, consistant dans le retranchement d'un ou de plusieurs mots *nécessaires* pour la régularité de la construction, mais que l'intelligence du lecteur ou de l'auditeur supplée. Or l'usage seul, et la pratique constante dans laquelle chacun était alors d'un privilége *pour trois termes échus et le terme courant*, suffisait certainement pour qu'après les mots « *une année à partir de l'expiration de l'année courante,* » le lecteur suppléât « *aussi privilégiée,* » et qu'il comprît bien que l'année courante était le commencement du temps privilégié, dont l'année qui suivrait amènerait la fin.

27. Et il faut bien l'entendre ainsi, car, en présence de la procédure alors subsistante de saisie-gagerie que le Code civil n'abrogeait pas, le sens qui aurait enlevé le privilége de l'année courante aurait été un sens doublement vicieux; vicieux, par rapport à la loi de la procédure sur la saisie-gagerie pour loyers dus, car la saisie-gagerie devenait inutile pour le terme qui l'aurait précédée; vicieux, par rapport à la disposition principale de l'article 2102, qui comprend loyers échus et à échoir. *In ambigua voce legis, ea potius accipienda est significatio quæ vitio caret.* (L. 19, ff., *De leg.*)

En effet, le but des deux propositions subordonnées étant, pour chacune des deux hypothèses, d'exprimer quels loyers échus et quels loyers à échoir seront accordés par privilége au propriétaire, il faut, pour que le rédacteur ait rempli sa tâche, que dans chacune d'elles on trouve l'attribution des loyers échus et des loyers à échoir; on les trouve toutes deux dans la première proposition subordonnée en cas de baux authentiques; de même, en supposant que l'expression soit irrégulière, on doit les chercher aussi toutes deux dans la deuxième proposition, à défaut de baux authentiques, et on les trouve, en

Digitized by Google

effet, puisque cette seconde proposition parle de *l'année courante* (dans laquelle on est bien forcé de trouver des loyers échus ou courus au jour de la saisie), et de l'année qui suivra l'expiration de la première (qui ne se composera que de loyers à échoir). Puisque dans ces mots « *l'année courante*, » il peut y avoir trois termes échus, et que cette proposition a pour objet de fixer l'étendue du privilége, elle exprime donc que la portion échue de l'année courante, la portion qui en reste à courir et l'année suivante tout entière composent la durée du privilége : toutes les circonstances qui ont influé sur la formation de la loi prouvent que telle en est la volonté et que tel en est le sens certain. Répétons donc avec la loi précitée : *Accipienda est significatio quæ vitio caret, præsertim quum etiam voluntas legis ex hoc casu colligi potest.*

N'est-ce donc rien, pour l'interprétation d'un doute, que ces circonstances d'habitude qui pèsent sur l'esprit des hommes même les plus instruits, et qui rendront obscures, dans cinquante ans, des propositions qu'on entend fort bien aujourd'hui? Tous les législateurs savaient alors la jurisprudence du Châtelet sur les priviléges de location; ils savaient qu'elle n'accordait que l'année courante : ils ont donc tous entendu que la seconde proposition subordonnée n'accordait en loyers échus que les termes échus de l'année courante. Toujours les lois précédentes ont de l'influence sur le sens et l'intelligence des lois nouvelles. *Non est novum ut priores leges ad posteriores trahantur.* (L. 26, *De legib.*)

Et certainement, quel que soit leur mérite, les auteurs qui ont posé en point de fait, que la deuxième proposition subordonnée de l'article 2102-1° avait privé les propriétaires du privilége de l'année courante, sont tombés par trop de subtilité dans le défaut que reprochait le jurisconsulte Paul à ceux qui calomniaient la loi et couraient à la chasse aux mots, sans s'occuper de sa pensée : *Non oportet jus civile calumniari neque verba captari; sed quâ mente quid dicitur animadvertere convenit.* (L. 19, ff., *Ad exhib.*)

C'est trop avoir fait le grammairien : il est temps de revenir comme légiste au reste de cette œuvre.

28. Loin de nous la pensée d'avoir parlé de la Cour de cassation, quand nous avons indiqué qu'on transportait les mots « *pour tout ce qui est échu*, » de la première proposition subordonnée

Digitized by Google

à la seconde. La Cour, dans son arrêt de 1824, ne l'a pas fait, puisqu'elle ne s'appuie pas sur le texte, mais seulement *sur l'intention* qu'a eue le législateur d'attribuer au propriétaire sans bail un privilége pour tous les loyers échus.

Mais si nous avons prouvé que le but de l'article 2102-1° est de limiter ou d'accorder le privilége dans chacune des propositions subordonnées, tant pour le passé que pour l'avenir, il n'y a plus à parler de l'intention de la loi. Le privilége pour le passé est borné à ce qui s'est, lors de la saisie, trouvé échu de l'année courante. Les priviléges sont de droit étroit.

29. Aussi la Cour est-elle entrée dans une autre voie; et pour prouver l'intention du législateur, elle a puisé ses motifs dans les articles 661, 662 et 819 du Code de procédure civile.

Avant d'examiner le Code de procédure, qu'il nous soit ici permis de dire qu'il y a eu un temps où, pour expliquer le titre des Priviléges, on ne pouvait recourir au Code de procédure, c'est-à-dire depuis mars 1804 jusqu'au 1er janvier 1807.

Venant au Code de procédure, ne devons-nous pas dire avec M. Merlin (mot *Contrainte par corps*, n° 20), « qu'en thèse gé-
» nérale, le Code de procédure ne peut pas être censé avoir
» dérogé au Code civil, parce qu'il n'est, à l'égard du Code ci-
» vil, qu'une loi organique; parce que, destiné à faire marcher
» le Code civil, il ne peut pas être censé avoir outre-passé sa
» destination; parce que le Code civil réglant tout ce qu'on ap-
» pelle en droit *decisoria litis*, et le Code de procédure ne ré-
» glant que ce qu'on appelle en droit *ordinatoria litis*, on ne
» peut pas présumer que dans celui-ci le législateur ait voulu,
» par des dispositions *purement ordinatoires*, déranger ce qu'il
» avait établi par les dispositions *décisoires* de celui-ci. »

Non qu'il soit impossible qu'une loi de procédure déroge à une loi réglant le fonds du droit. On en a plusieurs exemples : — ainsi, l'article 834 du Code de procédure, abrogé par la loi du 23 mars 1855, établissait une modification profonde au droit hypothécaire; ainsi encore, l'article 717 du titre des saisies immobilières a presque détruit l'action résolutoire sur les biens saisis.

Nous ne voulons donc point exagérer ce principe : nous disons seulement que, si comme nous croyons l'avoir démontré, le deuxième alinéa de l'article 2102-1° borne à ce qui est échu

Digitized by Google

de l'année courante les loyers privilégiés que le propriétaire sans bail a droit de réclamer pour le passé, il faudrait un texte bien formel au Code de procédure pour lui donner tous les autres loyers échus que prétendrait réclamer le propriétaire.

Or ce texte attributif d'autres loyers, où le trouver?

Sera-ce dans l'article 819, qui, en donnant le droit aux propriétaires, soit qu'il y ait bail, soit qu'il n'y en ait pas, de faire saisir-gager, pour loyers et fermages échus, les effets et fruits étant dans les maisons et sur les biens ruraux? — Non. Car cet article remplace l'article 161 de la coûtume de Paris et autres analogues, qui s'appliquaient aussi au cas où il y avait bail, et à celui où il n'y en avait pas. En effet, le droit de saisie-gagerie s'exerçait même chez les tiers où le locataire avait transporté frauduleusement son mobilier. Or, dans ce cas, le propriétaire ayant un bail notarié n'aurait pu saisir *de plano* chez un tiers qui aurait prétendu être propriétaire des meubles, si ce propriétaire n'avait eu le droit de gagerie comme le propriétaire sans bail. Le droit d'exécution n'ôtait pas le droit de gagerie. Donc l'article 819 n'a fait qu'imiter la procédure introduite par la coutume, qui, sur ce point, a régné jusqu'au Code de procédure. Il n'a rien ajouté au Code civil. Certes il parle des loyers en général, des loyers dus, on le reconnaît, mais il en parle dans le même sens que le Code civil. — M. Tarrible rappelait au Corps législatif, en lui demandant l'adoption de cet article 819 et des suivants, « que le Code civil avait accordé au propriétaire un privilége sur les fruits de la récolte de l'année et sur » le prix de tout ce qui garnit la maison ou la ferme, pour l'entière exécution du bail, s'il a une date certaine, *ou pour l'exécution de l'année courante et de la suivante*, lorsque le bail » n'a ni authenticité ni date certaine; qu'il était donc juste d'assurer de plus en plus l'efficacité de ce privilége, en donnant au » propriétaire des moyens prompts et faciles de l'exercer. » (Locré, t. XXIII, p. 167.) Il est donc bien certain que cet article 819 n'ajoute rien à l'intention du Code civil.

Nous en dirons autant des articles 661 et 662 du Code de procédure, qui n'ont d'autre objet que de faire statuer rapidement sur le privilége du propriétaire pour raison des loyers à lui dus : ce qui ne veut pas dire du tout que les loyers à lui dus seront privilégiés dans tous les cas. Certes, si le juge-commissaire pensait que le propriétaire sans bail et réclamant trois

Digitized by Google

ans de loyers échus, n'est privilégié que pour l'année courante, le texte de l'article 661 ne lui ôte pas le droit de rejeter préalablement l'excédant.

D'ailleurs, sous la jurisprudence du Châtelet, les frais de vente du propriétaire étaient privilégiés, et ses trois termes et le courant passaient après les frais funéraires en premier ordre, même avant les frais de justice inutiles à son droit (*Voir l'acte de notoriété du 4 août* 1692). Les articles 661 et 662 du Code de procédure ne changent rien au fond du droit, pas plus que les articles 819 et suivants, et ne peuvent donc être invoqués comme dérogeant au Code civil écrit pendant que régnait la procédure du Châtelet, laquelle le Code de procédure n'a fait que reproduire.

30. Nous pensons fermement qu'on reviendra sur cette jurisprudence. Il importe trop au crédit, surtout en matière de faillite, qu'on ne laisse pas accumuler des loyers qui, en certains cas, emporteraient la meilleure partie de la masse active.

§ 2. — *Saisine des aïeuls.*

SOMMAIRE.

1. Renvoi à la page 1re de ce volume sur la question de savoir si l'aïeul en concours avec un légataire universel a besoin de la renonciation des frères exclus par le testament.
2. Quand les legs sont faits à titre universel ou à titre particulier, et que les frères renoncent à la succession, l'aïeul reste saisi de plein droit, au regard du légataire, dès le jour de l'ouverture de la succession.
3. Réfutation des objections des auteurs.
4. L'aïeul peut se porter héritier, si les frères et sœurs ou leurs enfants venant par représentation s'abstiennent de la succession.
5. Sur un doute moral de M. P. Gilbert.

MONTPELLIER, 19 NOVEMBRE 1857; *Dev. et Car.*, 1858, 1, 609.

1. Par cet arrêt, la Cour impériale de Montpellier a décidé que les ascendants du second degré, ont droit à la réserve contre un légataire universel, bien que le testateur eût laissé des frères et sœurs (ce qui est indubitable), si ces frères et sœurs ont renoncé à la succession (ce que nous trouvons superflu).

Cet arrêt avait déjà été inséré au recueil de MM. Dalloz, 58, 2, 25, et a été dans cette *Revue* l'objet d'un examen où nous pensons avoir démontré (*Voir la page* 1 *de ce volume*), que,

Digitized by Google

quand un petit-fils a exhérédé tous ses frères par l'institution universelle d'un étranger, l'aïeul peut exercer sa réserve légale avant que les frères du testateur aient fait acte de renonciation; et que, dans ce cas, la renonciation des frères et sœurs est au moins superflue, parce qu'il n'y a pas de succession légitime *au regard des frères* exclus par le testament; il ne reste plus que la succession légitime de l'ascendant, saisi par l'article 1006 à l'encontre du légataire universel. La renonciation des frères est donc sans influence.

2. Nous ne devons pas répéter ici ce que nous avons développé dans l'*Examen doctrinal* de juillet 1858, mais la dissertation qu'un laborieux jurisconsulte, M. P. Gilbert, a insérée au recueil de MM. Devilleneuve et Carette sur l'arrêt dont il s'agit, et dans laquelle il adopte notre opinion, contient une question qui, en doctrine et en pratique, mérite une prompte réponse.

« Si, dans le cas d'une institution universelle d'héritier ex-
» cluant *ipso facto* les frères et sœurs de la succession, une re-
» nonciation de leur part est inutile et se trouve même sans
» objet, pour que les ascendants soient saisis de leur droit à la
» réserve, la difficulté n'en reste pas moins entière lorsque le
» défunt n'a fait que des legs à titre universel ou à titre parti-
» culier, qui n'écartent pas par eux-mêmes les frères et sœurs
» de la succession. Dans cette hypothèse, la *renonciation de*
» *ceux-ci* donne-t-elle naissance au droit de réserve des ascen-
» dants, en sorte qu'ils puissent exercer ce droit *sur les biens*
» *donnés*, si les biens restant se trouvent insuffisants pour les
» remplir de leur réserve ? »

Nous répondrons, sans hésiter, que la renonciation des frères et sœurs ne donne pas naissance au droit de réserve de l'ascendant : elle ne fait, dans l'économie de la loi, qu'écarter l'obstacle que la loi opposait à son exercice si les frères demeuraient héritiers, et par conséquent l'aïeul est héritier et jouit du droit de réserve, à partir du jour du décès.

Quand le défunt, ayant un aïeul, laisse des frères et sœurs qui viennent à succession, et qu'il a absorbé sa succession par des legs ou des donations à titre universel, ou bien par des donations et des legs à titre particulier, mais démesurés, les frères et sœurs, tant qu'ils n'ont pas renoncé, *paraissent* être seuls saisis par l'article 724 du Code Napoléon.

Mais cette saisine n'est qu'une apparence subordonnée à

Digitized by Google

leur volonté d'être héritiers. Or, nul n'est héritier qui ne veut; donc, dès qu'ils renoncent, l'apparence s'efface; l'aïeul, appelé par la loi à défaut de frères et sœurs, est saisi du jour du décès, comme si les frères et sœurs n'avaient jamais eu de vocation légale : ainsi, c'est à l'aïeul, qui se portera héritier à leur défaut, que les légataires à titre universel ou à titre particulier demanderont la délivrance, au moins pour la ligne à laquelle il appartient, et même pour le total s'il ne se présente pas d'héritiers dans l'autre ligne. Par conséquent, il exercera sa réserve, soit par caducité des legs, soit par réduction sur les donations, quoique si les frères eussent accepté; l'aïeul, faute de la qualité d'héritier, eût été obligé de respecter les legs et les donations.

3. Ainsi, il faut compter pour rien ces arguments multipliés que recueille M. P. Gilbert des auteurs opposés à notre doctrine. « 1° La renonciation ne peut donner à ceux qui en profitent plus » de droits que n'avait le renonçant. » Tout le monde sait qu'une renonciation n'est pas une cession, qu'elle ne transmet rien, et ne fait qu'effacer le droit de celui qui l'a faite. — 2° « C'est par » une simple fiction que l'article 785 porte que l'héritier qui re- » nonce est censé n'avoir jamais été héritier. » Mais on oublie deux choses en tenant ce langage : l'une, qu'au moins le frère a paru héritier appelé, et que la loi peut bien se servir de ce nom à son égard sans qu'il ait jamais été héritier effectif; l'autre, que les fictions de la loi sont des ordres souverains, et que dès qu'elle dit qu'il est *censé* n'avoir jamais été héritier, elle défend souverainement de le considérer comme tel à l'ouverture de la succession. — 3° « Ce sont si bien les droits seuls du renonçant, » ni plus ni moins, qui passent à l'aïeul, que l'article 786 dit » que la part du renonçant (quand il est seul) est dévolue au » degré subséquent. » Non certes, les droits du renonçant ne passent pas à l'aïeul ni à tout autre héritier; la succession est dévolue à ce degré, non comme transmise par le renonçant, mais comme s'il n'y avait jamais eu d'héritier du degré du renonçant; c'est-à-dire qu'elle est dévolue en droit à celui qui accepte, du jour de l'ouverture de la succession; et si à ce degré subséquent se trouve un héritier à réserve, les biens que le renonçant a répudiés lui appartiennent avec le droit de réserve légale qu'il tient de la loi. — 4° « La fiction de l'effet rétroactif » n'empêche pas que ce ne soit par un fait postérieur à l'ou- » verture que les ascendants y peuvent venir. » Ceci, nous en

Digitized by Google

convenons, est une vérité physique; mais elle n'empêche en rien l'existence de cette vérité légale qu'il n'y a d'héritiers que ceux qui veulent l'être, et que la répudiation efface tellement la qualité d'héritier, que les renonçants n'ont jamais été ni héritiers ni saisis au jour du décès de leur frère. — 5° « On » met ainsi les donataires et les légataires à la discrétion des » frères et sœurs, qui ne manqueront pas de renoncer, quand » la succession de leur frère sera par trop grevée de donations » et de legs, pour que les ascendants viennent exercer leur ré- » serve. » A cela deux réponses : la première, que celui qui a la faculté de renoncer n'a pas à rendre compte de ses motifs, et d'ailleurs la renonciation qui aurait pour mobile de la part d'un descendant d'assurer dès à présent des aliments à son aïeul, quand le défunt a manqué à ce devoir par des libéralités indiscrètes, serait fondée sur une raison morale. Le seconde réponse est que les donataires et légataires savent bien que toutes les libéralités sont sujettes à réduction, si l'ascendant vient à succession. On ne peut plaindre ceux qui ne possèdent qu'à titre gratuit, *certant de lucro captando*. — 6° « On fait remarquer » que les biens peuvent rester ainsi longtemps en suspens, » puisque la faculté de renoncer dure trente ans!..... » Il faut toujours se défier de ces arguments tirés d'un cas possible, mais rare... Il est évident que les légataires, voyant que les frères, héritiers présomptifs, ne s'emparent pas de la succession, n'attendraient pas trente ans pour demander la délivrance de leurs legs; il est évident que sur cette demande, les frères prendraient qualité ou renonceraient; et dans ce second cas, les légataires se trouveront forcément en présence de l'aïeul, héritier à réserve. Maintenant, en supposant que le défunt n'eût que des donataires, et que les frères s'abstinssent de venir à la succession, l'aïeul lui-même accepterait la succession sous bénéfice d'inventaire et viendrait exercer la réduction contre les donataires; et ceux-ci ne pourraient la repousser qu'en prouvant, non-seulement qu'il existe des frères du défunt, mais encore que ces frères ont accepté la succession; car l'aïeul est héritier, s'il ne s'en présente pas de plus proche. *N'est héritier qui ne veut*, art. 775.

4. Ainsi, toutes les raisons du système contraire à l'opinion de M. P. Gilbert et à la nôtre sont futiles, et leur examen nous a conduit à constater cette vérité, qu'il suffit d'une abstention

Digitized by Google

quelque peu prolongée de la part des frères, quoiqu'ils n'aient pas fait de renonciation au greffe, pour que l'aïeul se porte héritier et exerce ses droits comme réservataire.

5. Il reste un scrupule à l'honorable auteur de la dissertation dont j'ai parlé. « Quand un testateur institue un légataire uni-
» versel, il manifeste par là l'intention d'écarter ses héritiers
» de sa succession d'une manière plus absolue que lorsqu'il se
» borne à faire des legs particuliers; et cependant, d'après
» notre système, les ascendants sont traités plus favorablement
» dans le premier cas (celui du légataire universel, où nous lui
» attribuons le droit d'exercer sa réserve, sans renonciation de
» ses petits-fils), que dans le second (celui de legs particuliers
» ou à titre universel, qui laisse les frères saisis de la succes-
» sion, s'ils l'acceptent telle quelle). »

Je remercie M. P.-Gilbert de cette observation, qui m'appelle à justifier la loi. Dans le premier cas, la conduite du testateur est vraiment coupable : « Le respect dû aux ascendants, et
» qui doit se manifester jusqu'au dernier acte de la vie, exige
» qu'ils ne puissent recevoir l'outrage d'un oubli dans les der-
» nières dispositions de leurs enfants, a dit le Tribunat dans ses
» Observations. » Or le petit-fils qui institue pour héritier universel un étranger, en exhérédant ses frères, et en mettant hors de la famille tous ses biens de manière à soustraire aux ascendants dans leur vieillesse la part d'aliments que la nature et la loi le chargeaient de leur assurer pour leurs dernières années, commet un acte d'impiété. Donc, indépendamment des différences systématiques qui existent entre l'institution universelle et les legs de quotité ou les legs à titre particulier, la loi est sage en saisissant l'ascendant par l'article 1006, au préjudice du légataire universel étranger d'un des frères, sans attendre que les autres frères aient renoncé à une succession qui ne leur est pas échue et dont ils n'ont pas la saisine.

Elle doit, par conséquent, être plus douce, quand les legs ne sont qu'à titre universel ou à titre particulier. Outre, d'une part, que le mourant peut avoir trop présumé des forces de sa succession (ce qui arrive tous les jours depuis des siècles : *Sæpè enim de facultatibus suis amplius quam in his est sperant homines*, inst., lib. I, tit. 6), et, d'autre part, que la loi *des Successions* a voulu, par une raison d'économie politique, que les biens descendissent plutôt que de remonter, le législateur a dû

Digitized by Google

aussi consulter ce qui se pratiquait habituellement dans les legs partiels, qui rarement absorbent les successions. Le frère, laissant à ses frères sa succession légitime et n'en faisant une délibation que pour satisfaire à de justes sentiments envers quelques personnes, n'est pas légalement blâmable de n'avoir pas laissé la légitime à son aïeul, puisque la loi ne lui en donne pas quand les frères succèdent l'un à l'autre. Ou le frère mourant a usé de ce droit discrètement, et alors les frères survivants ont toujours entre eux tous à peu près la même masse de biens pour satisfaire aux devoirs envers les ascendants : ils acceptent donc la succession du frère; tout au contraire, si le frère défunt a usé indiscrètement de la faculté de donner, les frères n'accepteront pas la saisine que leur offrait la loi, préféreront renoncer formellement à la succession chargée de dons et legs particuliers, pour donner lieu à la succession d'ascendants dans l'intérêt général de la famille, qui est aussi celui de l'ascendant. — Dans ce cas, l'ascendant attendra ordinairement les renonciations, ou se portera héritier sans les attendre, pour exercer ses droits de réserve en cas d'abstention affectée des frères. La différence n'est pas aussi grande que l'avait pensé l'estimable auteur des Codes annotés, et elle est à la fois une suite du système des saisines et de l'esprit équitable du Code Napoléon.

COIN-DELISLE.

Digitized by Google

TITRES AU PORTEUR.— DESTRUCTION.—PERTE.—VOL.—DUPLICATA.

Par M. Flandin, conseiller à la Cour impériale de Paris.

Le propriétaire de valeurs industrielles au porteur, par exemple, d'actions ou d'obligations de chemins de fer, est-il fondé, en cas de destruction, de perte ou de vol de ces valeurs, à exiger que la compagnie de qui elles émanent lui en délivre des duplicata, sous caution?

Voilà, certes, et dans un temps de si grande faveur pour les valeurs industrielles, en général, et pour les actions ou obligations de chemins de fer, en particulier, une question pleine d'actualité et d'un vif intérêt!

Je l'examine, en droit et en équité, d'abord; nous verrons, ensuite, comment jusqu'ici l'a résolue la jurisprudence.

Le Code de commerce, qui est le siége naturel de la matière, a parlé, dans deux articles (les articles 35 et 281), des titres au porteur, mais sans donner de règles à cet égard, comme il l'a fait pour la lettre de change et le billet à ordre. Il se borne à dire, dans l'article 35, que l'action (dans les sociétés anonymes) peut être établie sous la forme d'un titre au porteur, et que, dans ce cas, la cession s'opère par la tradition du titre. On est donc forcé, pour résoudre la question posée, de recourir, à défaut de dispositions spéciales, aux principes généraux et de raisonner par analogie.

Que disent les principes généraux? Qu'au cas où le créancier a perdu le titre qui lui servait de preuve littérale, par suite d'un cas fortuit, imprévu et résultant d'une force majeure, il peut recourir à la preuve testimoniale pour établir sa créance, alors même qu'il s'agit d'une somme ou valeur excédant 150 francs. (C. Nap. 1348-4°.)

A plus forte raison, doit-il avoir le droit, lorsque le titre existe en *minute*, et qu'il en a perdu la *copie*, de s'en faire délivrer une autre par duplicata [1]. Le Code de procédure, dans les articles 839 et suivants, trace les règles qui sont à suivre en pareil cas. « Le notaire, porte spécialement l'art. 839, ou autre dépositaire, qui refusera de délivrer expédition ou copie

[1] Les actions et obligations des chemins de fer sont tirées d'un registre à souche dont le talon, qui reste entre les mains de la compagnie, forme, à vrai dire, la *minute* du titre qu'elle délivre à la partie prenante.

Digitized by Google

d'un acte aux parties intéressées en nom direct, héritiers ou ayants droit, y sera condamné, et par corps, sur assignation à bref délai donnée en vertu de permission du président du tribunal de première instance, sans préliminaire de conciliation. »

Veut-on des arguments plus directs, d'une analogie plus frappante? Qu'on lise les articles 150, 151, 152 du Code de commerce.

Art. 150. « En cas de perte d'une lettre de change non acceptée, celui à qui elle appartient peut en poursuivre le payement sur une seconde, troisième, quatrième, etc. »

Art. 151. « Si la lettre de change perdue est revêtue de l'acceptation, le payement ne peut en être exigé sur une seconde, troisième, quatrième, etc., que par ordonnance du juge, *et en donnant caution.* »

Art. 152. « Si celui qui a perdu la lettre de change, qu'elle soit acceptée ou non, ne peut représenter la seconde, troisième, quatrième, etc., il peut demander le payement de la lettre de change perdue, et l'obtenir par l'ordonnance du juge, en justifiant de la propriété par ses livres, *et en donnant caution.* »

Les rentes sur l'État ont plus de rapport encore avec les actions ou obligations de chemins de fer, qui se négocient, comme les rentes sur l'État, à la Bourse et par le ministère des agents de change. Comment procédait-on, dans l'origine, au cas de perte de l'extrait d'une inscription sur le Grand-livre? Par la délivrance d'un autre extrait en duplicata. Ce mode de remplacement a été changé par un décret du 3 messidor an 12; mais le mode qu'on y a substitué remplit, pour le créancier, le même objet. « *A l'avenir*, porte ce décret, il ne sera plus délivré de duplicata des extraits d'inscription aux Grands-livres des 5 pour 100 consolidés et de la dette viagère. Les rentiers, qui auraient perdu leurs extraits d'inscription, en feront la déclaration devant le maire de la commune de leur domicile... Ladite déclaration sera rapportée au Trésor public. Après en avoir fait constater la régularité, le ministre du Trésor public autorisera le directeur du Grand-livre à débiter le compte de l'inscription perdue, et à la porter à compte nouveau par un transfert de forme. Il sera remis au réclamant un extrait original de l'inscription de ce nouveau compte... » Que ce nouvel extrait s'appelle, ou non, duplicata, la chose subsiste, si la dénomination a changé.

Digitized by Google

Mais j'entends l'objection. La lettre de change, l'inscription sur le Grand-livre ont leur individualité propre ; car elles contiennent le nom du bénéficiaire. Le titre au porteur, au contraire, n'a pas de nom : on ne doit pas à la personne, mais au titre, et le payement ne saurait être réclamé, si le titre n'est pas représenté.

Mais c'est à une véritable spoliation que conduit un pareil raisonnement ! Ainsi les compagnies, qui n'émettent que des titres au porteur, devront mettre au nombre de leurs bénéfices éventuels toute perte de ces titres arrivée par un cas de force majeure, un incendie, un naufrage, et mille autres accidents du même genre ! Pour un aussi étrange renversement des principes, pour une violation aussi flagrante de toutes les règles de l'équité, de cette règle notamment, écrite dans la conscience de tous les honnêtes gens, avant de l'être dans le code des lois romaines : *Jure naturæ æquum est neminem cum alterius detrimento et injuria locupletiorem fieri*[1], il faudrait me montrer un texte devant lequel je fusse forcé de m'incliner ! Il faudrait au moins que cela fût écrit dans les statuts de la compagnie ! En devenant son actionnaire, j'aurais tacitement accepté la loi qu'elle m'aurait faite, et ne pourrais me plaindre. Si une compagnie s'en avisait, ou je me trompe fort, ou une pareille clause n'obtiendrait pas la sanction du Conseil d'État[2].

Qu'il en soit ainsi pour les billets de la banque de France, considérés comme monnaie, on peut l'admettre. Et encore, en bonne justice, quand je prouve que j'étais possesseur d'une somme déterminée, en billets de banque, et que ces billets ont

[1] L. 206, D., *De div. reg. jur.*

[2] L'article 15 des statuts de la compagnie du chemin de fer d'Orléans à Bordeaux porte « qu'en cas de perte d'actions *nominatives*, la société ne pourra être tenue de délivrer un titre nouveau que moyennant caution, conformément aux dispositions des articles 151, 152 et 155 du Code de commerce, et une année après que le propriétaire en aura fait la déclaration aux administrateurs, et qu'une annonce, à cet effet, aura été insérée dans l'un des journaux désignés en exécution de la loi du 31 mars 1833. — La caution, ajoute l'article, sera déchargée un an après avoir été fournie. — La déclaration devra être faite dans les termes et suivant la forme qui seront indiqués par le conseil d'administration. — *La même faculté n'existera pas pour les actions au porteur* (*a*). » Mais il n'est pas dit que la perte de l'action au porteur tournera au profit de la compagnie.

(*a*) *Traité des chemins de fer*, par MM. Rebel et Juge, ce dernier chef du bureau du contentieux de la compagnie du chemin de fer d'Orléans à Bordeaux ; Paris, 1847.

Digitized by Google

été détruits dans un incendie, ne devrais-je pas avoir une action contre la banque pour la contraindre à m'en rembourser la valeur? Car enfin ces billets sont la représentation d'une somme qui a été versée dans sa caisse, dont elle a profité; et revient ici le principe, qu'il n'est permis à personne de s'enrichir aux dépens d'autrui. Toutefois, comme les billets de la banque de France n'ont rien qui les individualise, il y aurait trop de danger dans la doctrine qui contraindrait la banque au payement de billets qui ne lui seraient pas représentés; car ce serait la mettre à la merci de faussaires qui contreferaient ses billets pour les détruire immédiatement après, et venir ensuite, à l'aide d'une preuve testimoniale habilement ménagée, lui en demander le remboursement.

Un pareil danger n'est pas à craindre pour les titres au porteur des compagnies de chemins de fer. Tous les titres portent un numéro, et c'est ce numéro qui constitue leur individualité. La seule chose que puisse exiger la compagnie, c'est de n'être pas exposée à payer deux fois : au détenteur de bonne foi du titre originaire, s'il n'a été que perdu ou volé, sans être détruit, puisque la seule détention du titre au porteur vaut transmission; et au détenteur du même titre délivré en duplicata.

Selon moi, voilà, sur la question prise dans ses généralités, la seule solution qui soit conforme au droit, la seule que puisse avouer l'équité. Je descendrai tout à l'heure, en examinant la jurisprudence, aux applications, et je répondrai aux objections tirées des embarras, des difficultés, des dangers même que créerait aux compagnies la nécessité de délivrer des duplicata des titres au porteur perdus ou volés.

Mais, auparavant, je veux rechercher s'il n'existe pas, sur la question même, ou au moins sur une question analogue, un document législatif dont on puisse invoquer l'autorité, comme précédent, si ce n'est comme disposition encore en vigueur.

Ce document, il existe dans le droit ancien; et, s'il n'a pas été littéralement reproduit dans nos Codes, c'est vraisemblablement parce qu'on a pensé que les principes généraux suffisaient.

Voici, en effet, ce que portent les articles 18 et 19 du titre 5 de l'ordonnance du commerce de 1673 :

Art. 18. « La lettre (de change) payable à un particulier, et non au porteur ou à ordre, estant adhirée, le payement en pourra estre poursuivi et fait en vertu d'une seconde lettre, sans don-

Digitized by Google

ner caution, et faisant mention que c'est une seconde lettre, et que la première ou autre précédente demeurera nulle. »

Art. 19. « Au cas que la lettre adhirée soit payable *au porteur* ou à ordre, le payement n'en sera fait que par ordonnance du juge, et en *baillant caution* de garantir le payement qui en sera fait. »

Ainsi l'ordonnance avait prévu, comme le fait également le Code de commerce, que le propriétaire de la lettre de change pouvait la perdre; et, dans ce cas, elle l'autorisait, pour avoir son payement, à s'en faire délivrer une autre par duplicata, mais avec cette restriction, que, si la lettre de change adhirée était au porteur ou à ordre, le payement n'en serait fait que sur ordonnance du juge, et moyennant caution de restituer la somme au porteur de la lettre, s'il était établi qu'il en fût le légitime propriétaire.

L'ordonnance reconnaissait donc et proclamait le droit du propriétaire de la lettre perdue à se faire délivrer un nouveau titre, ou à obtenir un jugement pour lui en tenir lieu; mais en même temps elle prenait les précautions nécessaires pour que cet acte, non de condescendance, mais de justice, ne tournât pas au détriment du véritable ayant droit.

Le Code de commerce a consacré les mêmes principes par ses articles 150, 151 et 152. Il ne parle pas, il est vrai, du cas où la lettre de change égarée est au porteur, parce que, d'après la loi nouvelle, la lettre de change est toujours à ordre. Mais le billet au porteur est encore usité dans le commerce; sa validité est un point mis hors de doute, quoique le Code de commerce ait évité d'en prononcer le nom : il y a donc toute raison, me semble-t-il, de lui appliquer, par analogie, les dispositions des articles 150, 151 et 152 précités.

Les actions ou obligations des compagnies financières ou industrielles, et spécialement des chemins de fer, émises au porteur, qu'est-ce autre chose, en réalité, qu'un billet au porteur? Et pourquoi les règles qui sont applicables à celui-ci ne seraient-elles pas également applicables à celles-là?

Une ordonnance royale du 29 avril 1831 autorise tout propriétaire de rentes nominatives sur le Grand-livre à les convertir en rentes au porteur. Si des titres de cette dernière nature ont été perdus; mieux encore, s'ils ont péri dans un incendie, et que la preuve en soit rapportée, est-ce que la perte sera ir-

Digitized by Google

réparable pour le propriétaire? Est-ce que le Trésor trouverait juste de s'approprier le bénéfice résultant pour lui de cet événement, ressuscitant ainsi cette coutume sauvage, autrefois appelée *droit de naufrage*, qui adjugeait au fisc, ou au premier occupant, les effets du malheureux que la tempête avait jeté sur la côte? Cela n'est moralement pas possible assurément, et j'ajoute que cela n'est pas. Voici, renseignements pris au ministère des finances, ce qui se pratique en pareil cas : celui qui a perdu une inscription de rente au porteur adresse au Trésor, sur une feuille de timbre de 35 centimes, en indiquant le numéro du titre qu'il a perdu, une demande en délivrance d'un second titre, qui lui est octroyé sans difficulté, moyennant caution. Cette caution consiste dans le dépôt de valeurs nominatives de même espèce, pour une somme correspondante au capital de l'inscription de rente qui a été perdue, augmenté de cinq années d'arrérages. Les arrérages de rente, en effet, se prescrivant par cinq ans, il suffit d'ajouter, pour la garantie du Trésor, cinq années d'arrérages au capital de la rente [1].

On ne niera pas du moins que les actions ou obligations de chemins de fer ne soient, de tous points, assimilables aux inscriptions de rente sur le Grand-livre.

Je passe à l'examen de la jurisprudence.

Le premier arrêt intervenu sur la matière est un arrêt de la Cour de Paris du 23 juillet 1836 [2]. — Dans l'espèce, un sieur Frémeau, possesseur de 11 actions au porteur de la Caisse hypothécaire, les avait perdues. Il notifia cette perte à la Caisse et mit opposition au payement des dividendes. Trois ans après, personne ne s'étant présenté pour toucher les dividendes échus, il en réclama le payement et fit à la Caisse la demande de nou-

[1] Je dois convenir pourtant que les précédents sur la question ne sont pas fort anciens. C'est depuis qu'un riche Anglais, le marquis de H....., eut perdu une somme importante en inscriptions de rentes au porteur sur notre Grand-livre, que le Trésor s'est avisé d'un moyen aussi simple qu'efficace de remettre l'ancien possesseur en jouissance de ses titres, sans courir aucun risque pour lui-même. Au moyen, en effet, de la précaution qu'il prend d'exiger le dépôt en ses mains de valeurs de même sorte, il n'a pas à s'inquiéter si, la rente venant à dépasser le pair, la caution qu'il a exigée ne pourra pas, un jour, se trouver insuffisante, puisqu'il aura toujours dans sa caisse une rente de valeur égale à celle que pourra réclamer le détenteur de l'inscription perdue.

[2] D. P., 37, 2, 19.

Digitized by Google

veaux titres. L'affaire fut renvoyée devant arbitres. Les deux arbitres se divisèrent sur la question, et M. Pardessus fut nommé tiers arbitre.— La sentence arbitrale qui intervint rejeta la demande en délivrance de nouveaux titres, mais condamna la Caisse hypothécaire, par application de l'article 19, titre 5, de l'ordonnance de 1673, article qu'elle déclarait encore en vigueur, au payement des dividendes échus et à échoir, à la charge, par Frémeau, de laisser entre les mains de la Caisse les semestres d'intérêts afférents auxdites actions, pendant les cinq dernières années, à titre de garantie de la non-représentation de tout ou partie de ces actions.

La Cour de Paris, sur l'appel, infirma la sentence par les motifs suivants :

« Considérant que la propriété des actions au porteur se transmet par la tradition du titre; que, dès lors, celui qui ne peut représenter le titre n'en est plus réputé propriétaire à l'égard du débiteur, lequel, ne devant qu'au titre, ne doit qu'à celui qui le représente ; — qu'une société, qui établit ses actions sous la forme de titres au porteur, a voulu, par là, se dispenser de suivre la transmission successive des titres entre les mains des divers détenteurs, et éviter de prendre part aux contestations qui pourraient s'élever sur la possession de ces titres; qu'elle a voulu aussi amener la libre circulation de ses actions, et que c'est sous la foi de ces engagements respectifs que la société a été formée; — que celui qui a consenti à prendre des actions au porteur a su que la société n'était obligée qu'au titre, et a volontairement couru les risques de la perte; — que, pour exercer son action contre le détenteur du titre qu'il a perdu, il peut, sans doute, prendre telles mesures conservatoires qui n'entraveront pas les opérations de la société; mais qu'*à moins qu'il ne prouve que le titre a péri entre ses mains*, il n'a aucune action contre la société, soit pour s'en faire reconnaître propriétaire, soit pour s'en faire payer conditionnellement les dividendes, et ne peut engager ainsi la société dans des mesures que ses statuts n'autorisent pas, et dans des contestations qu'elle a voulu éviter avec les personnes qui pourraient se présenter. »

Le pourvoi formé contre cette décision fut rejeté par la chambre des requêtes, dont l'arrêt paraîtra bien laconique pour une question de cette importance. Le voici tout entier :

Digitized by Google

« La Cour, — sur le moyen tiré de la violation de l'article 19, titre 5, de l'ordonnance de 1673, — attendu qu'aux termes de l'article 2 de la loi du 15 septembre 1807, toutes les anciennes lois touchant les matières commerciales sur lesquelles il a été statué par le Code de commerce, ont été abrogées ; qu'ainsi l'article 19 du titre 5 de l'ordonnance de 1673 ne pouvait recevoir d'application au procès ; — attendu, d'ailleurs, qu'il s'agissait, dans cette disposition de l'ordonnance de 1673, de lettres et billets de change, et non d'actions d'un établissement de commerce payables au porteur ; — rejette [1]. »

L'arrêt de la Cour de Paris est remarquablement rédigé, et je l'ai transcrit en entier, parce qu'il contient toutes les raisons qu'on peut alléguer à l'appui de la thèse qu'il a fait triompher. Mais il faut voir si ces raisons peuvent résister à un examen attentif.

Je constate, d'abord, que la doctrine que consacre l'arrêt ne s'applique pas au cas où les titres au porteur ont été, non pas perdus ou volés, mais détruits. L'arrêt reconnaît implicitement au propriétaire des titres, dans ce dernier cas, l'action qu'il lui dénie dans l'autre. « Considérant, dit-il, ... qu'*à moins qu'il ne prouve que le titre a péri entre ses mains*, il n'a aucune action contre la société, soit pour s'en faire reconnaître propriétaire, soit pour s'en faire payer conditionnellement les dividendes.... » Ce motif était important à relever, parce qu'il réfute, au moins en partie, l'argument : « que celui qui ne peut représenter le titre (au porteur) n'en est plus réputé propriétaire à l'égard du débiteur, lequel, ne devant qu'au titre, ne doit qu'à celui qui le représente ; » doctrine qui, si elle était prise dans un sens absolu, serait, ainsi que je l'ai dit, d'une révoltante iniquité.

Mais cette concession fait faire, si je ne me trompe, un grand pas à la question.

Du moment, en effet, que la compagnie, de qui émane le titre au porteur, n'est pas appelée à profiter de la perte de ce titre, le débat n'existe plus qu'entre le détenteur du titre et l'ancien propriétaire ; la compagnie est entièrement désintéressée, dès qu'on lui garantit que, quoi qu'il arrive, elle ne peut être exposée à payer deux fois. Or c'est à quoi l'on pourvoit par le moyen d'une caution, non pas personnelle, mais réelle ;

[1] Arrêt du 5 décembre 1837 ; D. P., 38, 1, 19.

Digitized by Google

non pas en immeubles, mais en espèces, ou en valeurs facilement réalisables.

La caution ne doit pas être personnelle, parce qu'on ne peut obliger la compagnie à discuter sa solvabilité, et qu'on ne peut, d'ailleurs, laisser cette compagnie exposée à toutes les vicissitudes d'une solvabilité suffisante aujourd'hui, mais qui peut ne pas l'être demain.

La caution ne doit pas être en immeubles, parce qu'elle serait d'une réalisation trop difficile, et en désharmonie complète avec les nécessités de la vie commerciale, pour ces grandes compagnies surtout dont toutes les opérations sont fondées sur le crédit.

Le Trésor, dans le cas particulier que j'examine, se montre plus exigeant que je ne voudrais l'être : il n'accepte en garantie ni espèces, ni valeurs, si bonnes qu'elles puissent être, d'une autre nature que celle dont le titre a été perdu. Mais le Trésor a des priviléges qui le mettent un peu en dehors de la loi commune, et je trouverais quelque rigueur, de la part d'une compagnie financière, à exiger que la caution à lui fournir fût précisément en valeurs de l'espèce de celles qu'on lui déclarerait avoir été perdues. Il est bien vrai qu'une caution de ce genre est la seule qui, mathématiquement, ne puisse jamais être au-dessous du risque à courir; mais, dans les matières de droit, il ne faut pas rechercher la précision mathématique, et ce n'est pas sans raison que le bon sens pratique a introduit la règle : *Summum jus, summa injuria.* J'ai perdu, je suppose, ou il m'a été volé un certain nombre d'obligations au porteur de la compagnie du chemin de fer d'Orléans. Est-ce que je ne pourrai pas offrir en dépôt à cette compagnie, pour obtenir de nouveaux titres, des obligations des chemins de fer de Lyon, du Nord ou de l'Est, en tel nombre qu'elle l'exigera pour avoir une pleine et suffisante garantie? Est-ce qu'elle serait autorisée à refuser des actions de la banque de France, si je n'avais que de ces actions, et aurait-elle la faculté de me forcer, sans aucune utilité pour elle, à les vendre à perte, ou à supporter des frais de négociation, pour me procurer des obligations orléanaises? Il semble qu'une pareille exigence devrait être repoussée par la maxime : *Malitiis non est indulgendum.*

Au reste, ce n'est là qu'un détail de la question, et il suffit de bien établir le principe.

Digitized by Google

Je prends une à une, pour les réfuter, les objections de l'arrêt du 23 juillet 1836.

« La propriété des actions au porteur, dit l'arrêt, se transmet par la tradition du titre : dès lors, celui qui ne peut représenter le titre n'en est plus réputé propriétaire à l'égard du débiteur, lequel, ne devant qu'au titre, ne doit qu'à celui qui le représente. »

J'ai déjà fait observer que ce raisonnement, pris dans le sens absolu, n'irait à rien moins qu'à libérer entièrement la compagnie débitrice, si le titre avait été détruit, puisque ce titre ne pourrait plus lui être représenté. La Cour de Paris a reculé devant cette conséquence. L'argument n'est donc pas bon, dans le sens absolu ; et il n'est pas meilleur, dans le sens relatif, dès que garantie est offerte à la compagnie contre le danger de payer deux fois.

« Une société, qui établit ses actions sous la forme de titres au porteur, a voulu, par là, se dispenser de suivre la transmission successive des titres entre les mains des divers détenteurs, et éviter de prendre part aux contestations qui pourraient s'élever sur la possession de ces titres. »

Il serait inadmissible, en effet, que la société débitrice eût à débattre, entre l'ancien détenteur du titre et le détenteur actuel, lequel est le véritable propriétaire. Mais c'est un procès qui ne la concerne pas, dans lequel elle n'a point à intervenir. Que lui importe en faveur de qui la justice décide? Elle est toujours sûre, au moyen de la garantie qu'elle a dans les mains, de ne payer qu'une fois.

« Celui qui a consenti à prendre des actions au porteur a su que la société n'était obligée qu'au titre, et a volontairement couru les risques de la perte. »

C'est toujours le même paralogisme. La société, sans doute, ne doit qu'au titre ; et si, avant qu'aucun avis lui ait été donné de la perte du titre, avant qu'aucune opposition au payement ait été formée entre ses mains, le titre lui est présenté et qu'elle paye, elle aura payé valablement ; et c'est en ce sens qu'il est vrai de dire que celui qui a consenti à prendre des actions au porteur a volontairement couru les risques de la perte. Mais si, avant tout payement, le propriétaire du titre, qui l'a perdu ou auquel il a été soustrait, fait les démarches et prend les précautions nécessaires pour empêcher que la société débitrice ne se

Digitized by Google

libère à son détriment; s'il demande un nouveau titre, en offrant de couvrir la société de tous les risques qu'elle peut courir à cet égard, qui n'applaudira à ce moyen de sauvegarder les droits de l'un, sans nuire aux droits de l'autre?

L'arrêt lui-même reconnaît que, « pour exercer son action contre le détenteur du titre qu'il a perdu, il (le propriétaire de ce titre) peut prendre telles mesures conservatoires qui n'entraveront pas les opérations de la société, » faisant ainsi allusion aux oppositions à payement. Mais l'arrêt ajoute « qu'à moins qu'il ne prouve que le titre a péri entre ses mains, il n'a aucune action contre la société, soit pour s'en faire reconnaître propriétaire, soit pour s'en faire payer conditionnellement les dividendes, et ne peut engager ainsi la société dans des mesures que ses statuts n'autorisent pas, et dans des contestations qu'elle a voulu éviter avec les personnes qui pourraient se présenter. »

L'arrêt me semble ici manquer de logique. Il admet qu'en cas de destruction du titre, le propriétaire a le droit de s'adresser à la société débitrice, pour s'en faire délivrer un autre apparemment, puisque le titre n'est pas immédiatement remboursable. Voilà donc un cas au moins où il n'est pas vrai de dire que le propriétaire, qui a perdu son titre, « n'a aucune action contre la société pour s'en faire reconnaître propriétaire,... et pour l'engager ainsi dans des mesures que ses statuts n'autorisent pas. » Mais si, pour ce cas, la société débitrice est obligée, quoique ses statuts n'en disent rien, de délivrer un nouveau titre au propriétaire qui justifie que le titre primitif a péri entre ses mains, il semble qu'elle n'ait aucune raison de s'y refuser, lorsque ce titre a simplement été perdu, dès qu'on la garantit contre toute action ultérieure de la part du détenteur de ce titre. La seule différence qu'il y ait entre les deux cas, c'est que, dans le premier, la certitude acquise que le titre a péri, dispense le propriétaire de fournir une caution qui serait sans objet, tandis que, dans le second, cette caution est nécessaire, le titre perdu pouvant être représenté. Mais, dans l'un ni dans l'autre cas, la compagnie débitrice n'a à redouter de contestation avec qui que ce soit, puisque la question de propriété du titre ne la regarde pas, et qu'elle a les mains garnies contre toutes les éventualités.

La question s'est reproduite, en 1838, devant la Cour de Paris, et elle y a reçu une solution contraire à celle de l'arrêt de 1836.

Digitized by Google

Voici les motifs du jugement, qui furent adoptés par l'arrêt :

« Attendu que le sieur de Ponthon justifie de l'acquisition de dix actions (au porteur) de la compagnie du Phénix par l'entremise du sieur Brun, agent de change, portant les numéros 2311, 2312, etc. ; — attendu qu'il résulte de l'arrêt du 1er août dernier, rendu par la cour d'assises contre Sollier, domestique de Ponthon, que ledit Sollier a soustrait frauduleusement à son maître les dix actions dont il s'agit ; — attendu qu'en sa qualité d'actionnaire, de Ponthon *a le droit de réclamer de la compagnie du Phénix la délivrance d'autres titres, contre toutes garanties suffisantes que la compagnie pourra exiger de lui ;* — considérant, sur le fond, et attendu la qualité d'actionnaire, que c'est par un tribunal arbitral qu'il y aura lieu de statuer sur la manière dont les nouveaux titres pourront être délivrés à de Ponthon, ainsi que sur les garanties qui pourront être exigées de lui, etc. »

Le pourvoi, formé contre l'arrêt confirmatif de cette décision, fut admis par la chambre des requêtes, mais rejeté par arrêt de la chambre civile du 15 novembre 1841, dans les termes suivants :

« La Cour ; — Attendu que le fait de l'acquisition des dix actions dont il s'agit avait constitué le baron de Ponthon actionnaire et propriétaire desdites actions ; — attendu que ledit général n'a pas perdu cette qualité par la privation résultant du vol à lui fait le 10 mars 1836, et que l'arrêt de la cour d'assises de Paris a constaté par la condamnation qu'il a prononcée contre Sollier ; — attendu que, dans l'état de la cause, l'arrêt attaqué a pu confirmer le jugement par lequel le tribunal de commerce avait dit se reconnaître incompétent, et renvoyer les parties devant arbitres ; — qu'en jugeant ainsi, l'arrêt attaqué n'a point violé l'article 35 du Code du commerce, et s'est conformé à l'article 51 dudit code ; — rejette [1]. »

On pourra dire, il est vrai, et c'était la raison que faisait valoir M. l'avocat général Hello pour le rejet, que la chambre civile n'avait point à s'expliquer sur la difficulté ; que n'ayant qu'une question de compétence à juger, elle s'est strictement renfermée dans l'objet du litige. Mais il faut faire attention

[1] D. P., 42, 1, 18 ; — S. V., 41, 1, 830. — M. Dalloz, dans une note, critique vivement la doctrine du premier arrêt de la Cour de Paris, et donne son adhésion pleine et entière à la décision consacrée par le second.

Digitized by Google

que la compagnie du Phénix opposait, devant le tribunal de commerce, à l'action du général de Ponthon, qui avait pour objet la nomination d'arbitres à l'effet de statuer sur sa demande en délivrance de nouveaux titres pour les dix actions qui lui avaient été soustraites, et en payement des dividendes et intérêts applicables à ces actions, une fin de non-recevoir tirée de ce qu'il ne pouvait être considéré comme actionnaire, puisqu'il n'était pas porteur des titres qui pouvaient seuls lui conférer cette qualité. La question du fond était donc implicitement contenue dans la question de compétence.

Mais la Cour de Paris est revenue à sa première doctrine dans trois arrêts : le premier du 27 février 1854, le second du 29 juillet 1857, et le troisième du 24 juillet 1858 [1].

L'arrêt du 27 février 1854 est intervenu entre la compagnie du chemin de fer d'Orléans et un sieur Vazieux, propriétaire de diverses valeurs industrielles, et notamment de deux actions au porteur de cette compagnie, nos 6246 et 6247, qui lui avaient été soustraites. Il demandait à la compagnie de nouveaux titres. Sa prétention a été repoussée par jugement du tribunal civil de la Seine, confirmé, sur appel, avec adoption de motifs :

« Attendu, dit le tribunal, que, bien qu'il s'agisse d'un événement de force majeure (le vol), qui fait exception aux règles ordinaires, cependant, en raison de la nature toute spéciale des titres au porteur et de la facilité de leur transmission, sans aucun acte de transfert, Vazieux n'est pas en droit d'exiger de la compagnie la délivrance de duplicata qui ne rendraient pas impossible la représentation ultérieure, par des tiers de bonne foi, des titres perdus ; — mais attendu, quant aux intérêts et dividendes produits par lesdites actions et obligations, que la consignation, effectuée à chaque échéance, garantira suffisamment la responsabilité de la compagnie; que les sommes en provenant peuvent être touchées, à mesure que la prescription de cinq ans sera acquise contre les tiers porteurs; ordonne, etc. »

Le jugement, confirmé par l'arrêt du 29 juillet 1857, est à peu près dans les mêmes termes.

On y trouve ce motif : « Attendu que..., bien que la perte

[1] D. P., 55, 2, 244, et 57, 2, 171; *J. P.*, 1854, t. II, p. 604; 1857, p. 924; 1858, p. 1095.

Digitized by Google

desdites valeurs provienne d'un événement de force majeure, la dame Evesque ne saurait avoir le droit d'exiger de la compagnie défenderesse *la délivrance d'un duplicata, sous caution*, alors qu'aucun des statuts sociaux ne l'y oblige... »

L'arrêt du 24 juillet 1858, ou plutôt le jugement du tribunal de commerce de la Seine, dont les motifs sont adoptés par l'arrêt, fait un pas de plus. Tout en décidant que le propriétaire des titres volés ne peut en réclamer immédiatement des duplicata, il déclare « que le présent jugement vaudra titre aux mains de Troyaux, au lieu et place des valeurs à lui soustraites; que les intérêts et dividendes afférents aux actions ou obligations dont s'agit seront déposés, par les défendeurs, à la Caisse des dépôts et consignations, et se prescriront, au profit de Troyaux, après le délai de cinq années expiré, à partir de leurs échéances; et que *des titres définitifs, en représentation des titres soustraits, lui seront délivrés après trente ans...* »

Ces jugements et arrêts, qui n'ont pas méconnu le principe, que le propriétaire volé n'en reste pas moins, sauf les droits du tiers porteur de bonne foi, propriétaire des titres soustraits, ont cru pourvoir suffisamment aux intérêts du premier, en ordonnant que la compagnie débitrice consignerait, à chaque échéance, les sommes provenant des intérêts et dividendes produits par ces titres, sommes qui pourraient être réclamées par le propriétaire dépossédé après cinq ans, c'est-à-dire lorsque la prescription en serait acquise contre le tiers porteur de bonne foi qui ne se serait pas présenté pour les recevoir. Passe encore pour les intérêts et dividendes, soumis à une prescription assez courte; mais pour le capital, qui n'est prescriptible que par trente ans! Est-il convenable, est-il juste, de laisser en souffrance, pendant un aussi long temps, les intérêts de ce propriétaire, victime d'un événement que la justice qualifie elle-même d'événement de force majeure? Trente ans! Je me trompe: c'est bien plus longtemps, vraiment, que l'action de ce propriétaire demeure suspendue! S'agit-il, en effet, d'une action dans une société de commerce? Ce n'est qu'après la dissolution de la société, et lorsque la liquidation aura fait connaître les droits de chaque associé dans l'avoir social, que la prescription trentenaire commencera à courir, puisque ce n'est qu'alors que s'ouvrira l'action en remboursement. Mais s'agit-il (et c'est l'hypothèse dans laquelle je me suis placé) d'un titre au porteur,

Digitized by Google

action ou obligation, émis par une compagnie de chemin de fer? C'est bien autre chose. Ces compagnies, pour la plupart, ont une durée de quatre-vingt-dix-neuf ans, et les obligations qu'elles émettent ne sont remboursables, sauf le tirage par la voie du sort, qu'après le même laps de temps. Si donc le propriétaire, qui a perdu ou auquel il a été volé des titres de cette espèce, n'est pas fondé à demander à la compagnie la délivrance de nouveaux titres, c'est un capital stérilisé entre ses mains, capital qu'il pourrait, au contraire, faire fructifier par des spéculations bien entendues, s'il en avait la libre disposition.

La Cour de Paris a accordé trop de valeur à l'objection que « la délivrance de duplicata ne rendrait pas impossible la représentation ultérieure, par des tiers de bonne foi, des titres perdus. » Sans aucun doute, la confiance que commande la nature du titre au porteur veut que le tiers possesseur de bonne foi soit préféré au propriétaire dépossédé, même par un délit, et il ne faut pas exposer, je l'ai dit, la compagnie débitrice au risque de payer deux fois : une première fois au cessionnaire de bonne foi du titre primitif, et une seconde fois au cessionnaire, également de bonne foi, du titre délivré en duplicata; mais que peut avoir à objecter la compagnie, lorsque ses intérêts sont garantis par une caution?

Mais si cette caution, me répond-on, est fournie en titres de même espèce que les titres perdus ou volés, où sera l'avantage, pour le propriétaire de ces derniers titres, d'en avoir de nouveaux? L'indisponibilité des valeurs qu'il est obligé de déposer dans la caisse de la compagnie fait contre-poids à la libre disposition de celles qu'il obtient en duplicata.

On va voir que, même dans ce cas, si c'est la même chose pour le capital, ce n'est pas la même chose pour les dividendes ou intérêts. Prenons un exemple pour rendre la chose plus sensible.

J'ai perdu, ou il m'a été volé 100 obligations au porteur, 3 pour 100, de la compagnie du chemin de fer du Nord, qui représentent, à 300 francs seulement par action, au lieu de 500 francs, valeur nominale, un capital de 30,000 francs, et produisent un intérêt annuel de 1,500 fr. J'en demande des duplicata, et j'offre à la compagnie de lui déposer, pour sa garantie, caution suffisante en valeurs de même espèce. Quelle serait, si ces obligations ne devaient jamais descendre au-des-

Digitized by Google

sous de 300 francs, la somme à fournir? D'abord, une somme de 30,000 francs pour le capital, puis une somme de 7,500 francs pour cinq années d'intérêts, et une somme à évaluer pour les frais de négociation : valeur équivalente, 125 ou 126 obligations de l'espèce susénoncée. Le dépôt de ces 126 obligations assurerait contre tous risques la compagnie, et lui permettrait de me délivrer, en toute sécurité, les intérêts de mes 100 obligations perdues, au fur et à mesure des échéances. De deux choses l'une, en effet : ou le tiers porteur de bonne foi des titres perdus se présentera, dans les cinq ans, pour toucher ses intérêts, ou il ne se présentera qu'après ce délai expiré. Dans ce dernier cas, on ne lui doit rien, parce qu'on lui oppose la prescription. Dans l'autre cas, la compagnie a, pour se couvrir des intérêts qu'elle m'a payés et de ceux qu'elle est obligée de payer à ce tiers porteur, les 26 obligations de surcroît que je lui ai données, et dont le capital, si les obligations n'ont pas baissé, représente, et un peu au delà, les cinq annuités à payer à ce dernier. Et moi, pendant ce temps-là, je n'aurai pas vu mes revenus décroître, puisque j'aurai touché, à leur échéance, et les intérêts de mes obligations perdues et ceux des obligations que j'ai données en nantissement à la compagnie. Ce mode de procéder a donc sur celui de la Cour de Paris un avantage évident.

Mais il peut se faire qu'au moment où se présentera le tiers porteur de bonne foi des titres perdus ou volés pour réclamer ses intérêts non prescrits, les obligations, déposées à titre de cautionnement, soient en baisse, et que le produit des 26 obligations de surcroît ne suffise pas pour désintéresser entièrement la compagnie. Que fera-t-elle alors? Elle prendra ce qui manque sur les 100 obligations qui restent; et, comme elle se trouvera à découvert pour le capital, elle exigera un supplément de garantie.

Il faut prévoir un autre cas.

La hausse ou la baisse des obligations, chacun le comprend de reste, est chose indifférente pour le capital garanti, puisque la hausse ou la baisse se produit, au même degré, sur les titres perdus et sur ceux donnés en garantie, les uns et les autres étant supposés de même espèce. Mais les obligations de la nature de celles dont il s'agit sont soumises à un tirage annuel, et remboursables à 500 francs par la voie du sort. Il peut arri-

Digitized by Google

ver, par conséquent, qu'à un terme plus ou moins rapproché, les valeurs que j'ai perdues soient de celles que le sort favorise, et que ce ne soit plus, par conséquent, un capital de 30,000 francs, mais un capital de 50.000 francs qu'elles représentent. La compagnie, dès lors, ne sera-t-elle pas en droit de faire entrer cette prévision dans ses calculs, et d'exiger de moi un cautionnement, non plus de 30,000 francs seulement, mais de 50,000? Je l'admets; car, en matière de garantie, il faut toujours porter les choses au plus haut. Mais on ne me contestera pas, du moins, qu'il ne soit largement pourvu aux intérêts de la compagnie, en lui fournissant un capital de 50,000 francs, augmenté de la somme de 7,500 francs, représentant cinq années d'intérêts des obligations perdues, et de la somme à évaluer pour frais de négociation.

Il reste un dernier point à examiner.

En quelles valeurs devra être fourni ce capital de 57,000 ou 58,000 francs? L'éventualité du remboursement à 500 francs par obligation rend tout à fait indifférent que ce soit en valeurs de même espèce que les valeurs perdues, ou en d'autres valeurs également négociables. Que gagnerait, en effet, dans l'exemple cité, la compagnie du chemin de fer du Nord à vouloir que le cautionnement fût fourni en ses propres obligations? Si aucune prime n'était attachée au remboursement, il pourrait y avoir intérêt, ainsi que je l'ai dit plus haut, à exiger, comme le pratique le Trésor pour les rentes sur l'État, que le cautionnement fût fait en valeurs de même espèce, afin d'avoir, dans les titres déposés, qu'ils soient en hausse, qu'ils soient en baisse, une valeur toujours correspondante à la valeur des titres perdus. Mais il n'en saurait être ainsi pour les obligations de chemins de fer. Les obligations perdues, si elles sont sorties, auront une valeur de 500 francs, au moment où le tiers-porteur se présentera pour en recevoir le remboursement, tandis que celles données en nantissement, qui ne jouiront pas du même avantage, vaudront 300 francs seulement, et moins peut-être. Il ne saurait donc y avoir, pour la compagnie, aucune raison sérieuse de refuser les bonnes valeurs qui lui sont offertes pour couverture, sous prétexte qu'elles ne sont pas de même espèce que celles perdues; sauf à apprécier largement les chances de discrédit qui peuvent les atteindre, et sauf aussi le recours aux tribunaux, si les parties ne peuvent se mettre d'accord

Digitized by Google

sur ce point. Car on ne doit pas perdre de vue cette maxime : que l'intérêt est la mesure des actions; ni cet autre principe de droit naturel et éminemment chrétien, qu'on doit faire à autrui tout le bien qu'on peut lui faire, sans léser ses propres intérêts.

Mais, dit-on, à quelles réclamations ne vont pas être exposées les compagnies de chemins de fer, avec cette innombrable quantité de titres au porteur qu'elles émettent! Dans quels embarras, dans quelles difficultés vous les jetez, s'il faut qu'elles aillent devant les tribunaux pour discuter, avec le propriétaire de titres perdus et qui leur en demande de nouveaux, le chiffre de la garantie que celui-ci devra leur fournir! Cela est-il compatible avec la nature de pareilles entreprises, avec les détails de leur service quotidien?

Mais pourquoi, répondrai-je, les compagnies de chemins de fer seraient-elles mieux traitées que le Trésor, qui aujourd'hui, je l'ai dit, ne fait aucune difficulté, en cas de perte d'inscriptions de rente au porteur, de délivrer de nouveaux titres moyennant caution? La facilité qu'offre à la négociation la forme du titre au porteur est d'un assez grand avantage pour les compagnies qui émettent de ces titres, pour qu'elles puissent, par compensation, supporter les inconvénients qui résultent de cette forme même. N'est-il pas aussi de leur intérêt bien entendu de se montrer de bonne composition sur ce point, et ne risqueraient-elles pas, par des résistances intempestives, de refroidir l'ardeur, dirai-je l'engouement du public pour les titres de cette nature? Il ne faut pas, d'ailleurs, exagérer le nombre des réclamations qui pourront se produire : la sollicitude que commande à chacun la possession de pareils titres défend de s'abandonner à des craintes chimériques à cet égard, et le peu de monuments qu'offre la jurisprudence sur la question témoigne, en effet, qu'elle n'est pas de nature à se présenter très-souvent. C'est, au reste, et avant tout, comme je l'ai déjà dit, une question de justice et de probité; et, en pareil cas, il n'y a pas à marchander avec les principes, au prix même de quelques difficultés inhérentes à la nature des choses, difficultés plus apparentes que réelles, que la théorie grossit outre mesure, mais dont la pratique n'aura pas de peine à triompher.

C'est, par exemple, une objection bien vaine que celle qui consiste à dire que, les actions ou obligations des chemins de

Digitized by Google

fer étant détachées d'un registre à souche, il n'y aura aucune possibilité de rapprocher les nouveaux titres du talon, afin de s'assurer que ceux qu'on présente ne sont pas des titres falsifiés. Je ne sais pas si le mode suivi au Trésor peut convenir aux compagnies de chemins de fer : c'est là un détail qui regarde les hommes de finance; mais il me semble, à première vue, qu'on peut laisser, dans le registre à souche, ou avoir, dans un registre supplémentaire, des feuilles de réserve pour les titres à délivrer en duplicata, titres auxquels on donnera, au moment de leur délivrance, un numéro *bis* correspondant au numéro des titres originaires, et qui auront, comme ceux-ci, leur moyen de contrôle dans le talon dont ils auront été détachés.

Je veux dire encore un mot, pour épuiser ce qui concerne la jurisprudence sur la question, de deux jugements du tribunal de commerce de la Seine, des 28 février 1849[1] et 14 février 1853[2], qui ont pris une position intermédiaire entre la doctrine des arrêts de 1854, de 1857 et de 1858, et celle que je voudrais voir prévaloir. Le tribunal reconnaît, par ces jugements, que celui à qui il a été volé des actions au porteur d'un chemin de fer est en droit de réclamer de nouveaux titres à la compagnie, « parce qu'il serait contraire à l'équité, dit le jugement de 1853, les actions ne se trouvant pas, que la compagnie pût faire profit de l'accident dont son actionnaire a été victime. » Mais le même jugement ajoute que, « pour sauvegarder les intérêts de la compagnie, au cas où les actions volées viendraient à être représentées par un nouveau porteur, » il convient de prescrire « qu'il sera fait délivrance, par la compagnie à Broquet (l'actionnaire), de nouveaux titres *nominatifs* par duplicata, énonciatifs de la cause de cette délivrance, sans que jamais la société soit tenue, par là, de reconnaître en même temps les titres primitifs et les titres nouveaux; en ordonnant, en outre, que les dividendes afférents auxdites actions, dividendes dont la prescription, aux termes des statuts, s'acquiert par cinq ans au profit de la compagnie, seront déposés à la Caisse des dépôts et consignations, pour, par Broquet, ne les toucher qu'après cinq années révolues. »

Mais à quoi serviront ces nouveaux titres à l'actionnaire,

[1] *Gazette des tribunaux* du 1er mars 1850.—*Jurispr. comm.*, par M. Gasse, p. 4, n° 9.

[2] D. P., 54, 3, 18.

Digitized by Google

puisqu'il ne pourra ni les négocier, ni obtenir, au moyen de ces titres, le payement immédiat des dividendes, qui devront, au contraire, rester en dépôt à la Caisse des consignations pendant cinq ans? Je dis qu'il ne pourra pas les négocier; et, en effet, qui voudrait se rendre cessionnaire de titres qui ne lui confèrent aucune action contre la compagnie débitrice, puisque, aux termes du jugement, ces titres, délivrés en duplicata, en même temps qu'ils doivent faire mention de la cause de la délivrance, doivent énoncer que « la compagnie n'est pas tenue de reconnaître à la fois les titres primitifs et les titres nouveaux? » Et, quant aux dividendes, le jugement suffit, sans nouveaux titres, au propriétaire dépossédé pour s'en faire payer, au bout de cinq ans, s'ils n'ont pas été réclamés, dans l'intervalle, par le porteur de bonne foi des titres originaires. Cette décision du tribunal de commerce de la Seine n'a donc aucune portée, et ne mérite pas, dès lors, qu'on s'y arrête.

Je dirai la même chose du jugement de 1849, dont voici le dispositif : « Le tribunal déclare que la demoiselle Remise n'a pas cessé d'être propriétaire des vingt-deux actions de la compagnie du chemin de fer de Strasbourg; dit qu'elle n'aura le droit de réclamer des duplicata qu'après le délai de *dix ans*, à compter de ce jour; ordonne qu'après l'expiration de ce délai, la compagnie sera tenue de lui délivrer de nouveaux titres pour lui tenir lieu de ceux qu'elle déclare avoir perdus; ordonne que la compagnie déposera annuellement à la Caisse des consignations les dividendes afférents à ces actions; que le présent jugement vaudra titre à la demoiselle Remise pour retirer les dividendes et les intérêts qu'ils auront produits, cinq années après celle où ces dividendes seront acquis aux actions, etc. »

Ce jugement, en imposant au propriétaire des actions perdues un délai de dix années pour obtenir de nouveaux titres, ne satisfait ni aux intérêts de ce propriétaire, qui, pendant dix ans, se trouvera privé de la disposition de son capital, ni aux intérêts de la compagnie, qu'une bonne caution peut seule garantir contre la représentation possible, après ces dix ans, par un tiers-porteur de bonne foi, des actions perdues. Le jugement, pour être logique, aurait dû décider, comme l'avait fait un précédent jugement du même tribunal, du 29 mai 1845[1],

[1] *Le Droit*, numéro du 31 mai 1845. — Nouguier, *Lettres de change*, t. II, n° 960, p. 237, 2e édit.

Digitized by Google

que ce ne serait qu'après la prescription acquise que le propriétaire des titres perdus recouvrerait la libre disposition du capital formant l'importance de ces titres.

A l'égard des auteurs, aucun de ceux que j'ai consultés n'a véritablement traité la question. Tous ceux qui en parlent se bornent à citer l'arrêt de la chambre des requêtes, du 5 décembre 1837. — « D'après l'usage ancien, constaté par l'article 19 du titre 5 de l'édit de 1673, dit M. Pardessus, celui qui prétendait avoir fait cette perte (d'un billet au porteur) était admis à réclamer le payement, en donnant caution. On ne peut se dissimuler que, tout équitable que soit cette mesure, elle ne présentât beaucoup de difficultés; et la jurisprudence nouvelle ne l'admet pas (Rej. 5 déc. 1837)[1]. »

M. Delangle, dans son *Traité des sociétés commerciales*[2], après avoir aussi donné son adhésion à l'arrêt de la Cour de Paris, du 23 juillet 1836, qui refuse au propriétaire d'actions au porteur, qui les a *perdues*, le droit d'exiger de nouveaux titres de la société débitrice, moyennant caution, ajoute, cependant, qu'il en doit être autrement, « si l'actionnaire articule et prouve qu'il a été dépouillé par un vol, et s'il offre de donner à la société de suffisantes garanties pour le cas où les actions volées seraient représentées. La Cour de Paris, dit-il, a jugé qu'en ce cas, l'actionnaire pouvait réclamer des titres nouveaux, et le pourvoi formé contre l'arrêt a été rejeté le 15 novembre 1841..... Cette solution, poursuit-il, est juste. Quand la force majeure est prouvée; quand personne ne représente les actions, et que l'actionnaire dépouillé se soumet à donner à la société des garanties contre le danger de payer deux fois, il n'y a pas d'inconvénient à lui rendre sa position originaire. Le système contraire n'aurait d'autre résultat que de conférer à la société le profit éventuel du vol; il blesse la raison et l'équité. »

C'est précisément ce que j'ai dit; et je me sens plus fort dans l'opinion que je viens de développer, en la voyant partagée, au moins en partie, par un jurisconsulte aussi éminent. Mais je ne vois pas trop la raison qui empêche l'auteur d'appliquer

[1] *Droit comm.*, t. II, n° 483, p. 381, 5e édit.— Conf. MM. Goujet et Merger, *Dict. de droit comm.*, v° *Billet au porteur*, n° 23; Nouguier, *Lettres de change*, loc. cit.

[2] T. II, nos 469 et 470, p. 44 et 45.

Digitized by Google

au cas de perte du titre la solution qu'il admet pour le cas de vol. Craint-il qu'un actionnaire de mauvaise foi ne prétexte de la perte de ses actions pour s'en faire délivrer de nouvelles, et se procurer ainsi le moyen de trafiquer des unes et des autres? Mais que gagnerait-il à cela, puisqu'il faut qu'il dépose en nantissement, dans la caisse de la compagnie, d'autres valeurs pour une somme équivalente? Et quel préjudice pourrait-il, par cette fraude, causer aux tiers qui se trouvent garantis par ce dépôt?

Je résume maintenant cette trop longue discussion par un mot.

En droit, le propriétaire de titres au porteur, qui les a perdus ou auquel ils ont été soustraits, en demeure toujours propriétaire, au regard du débiteur, sauf le droit des tiers porteurs de bonne foi. Il est, par conséquent, conforme au droit, comme à l'équité, qu'il puisse faire remplacer ces titres par d'autres, pourvu qu'il offre suffisante garantie que les intérêts de personne n'auront à souffrir de la délivrance de ces titres en duplicata. La chose est-elle praticable, est-elle compatible avec l'existence des grandes compagnies industrielles ou financières en vue desquelles je me suis proposé surtout d'examiner la question? C'est la thèse que j'ai essayé d'établir. Au lecteur de décider si j'y suis parvenu.

FLANDIN.

Digitized by Google

INFLUENCE DU DROIT CANONIQUE SUR LA LÉGISLATION CRIMINELLE[1].

Par M. Théophile Huc, avocat, professeur suppléant provisoire à la Faculté de droit de Toulouse, membre de l'Académie de législation.

§ 1.

I. Les évêques contrôleurs des procédures criminelles.
II. La juridiction ecclésiastique prohibe le jugement de Dieu et le combat judiciaire.
III. Elle régularise la preuve testimoniale.
IV. La preuve par serment est remplacée par la PURGATIO CANONICA. — Destinées du combat judiciaire.

1. La religion chrétienne, *qui ne reconnaît point de crimes inexpiables* [2], intervint de bonne heure dans l'administration de la justice criminelle, et le jour de son intervention fut le point de départ d'une ère nouvelle.

Nous avons signalé ailleurs [3] la haute position que l'épiscopat avait su conquérir par ses vertus à la Cour des empereurs chrétiens. C'étaient les évêques qui remplissaient les conseils du prince, c'étaient eux qui inspiraient ses décisions; ils auraient pu, s'ils l'avaient voulu, gouverner l'empire, ils préférèrent soulager le malheur, et ces hommes austères et simples devant qui s'abaissait l'orgueil impérial, nous les voyons au ve et au VIIe siècle, heureux de pouvoir, en vertu d'une commission officielle, visiter les prisons, surveiller la marche des procédures, contrôler les actes de la justice et la conduite des magistrats, tempérer en un mot, au nom de Dieu et de l'humanité, l'exercice du droit le plus redoutable qu'ait le souverain, le droit de punir [4].—Cette intervention de l'épiscopat n'apporta sans doute aucune modification expresse au système de répression qui régnait à cette époque; mais si l'on admet que les lois les plus défectueuses sont néanmoins tolérables, et même peu-

[1] V. dans la *Revue*, livraison de juillet 1856, nos *Études historiques sur la procédure civile*, et dans la livraison de septembre de la même année, notre dissertation sur l'*influence du droit canonique par rapport à la constitution juridique de la famille.*

[2] V. dans l'*Esprit des lois* un magnifique passage sur l'esprit de la religion chrétienne, liv. XXIV, chap. 13.

[3] V. la *Revue*, loc. cit.

[4] L. 22, C. 1, 4.

Digitized by Google

vent, dans un certain sens, devenir relativement bonnes quand elles sont appliquées avec un esprit de justice et de charité, on devra reconnaître que cette intervention dut amener un progrès immense dans l'application des lois, et rendit les magistrats plus prudents quant aux poursuites, plus réservés dans l'application à la torture, plus vigilants pour la recherche de la vérité, et que l'innocence y gagna autant que l'humanité.

L'influence de l'épiscopat, si grande auprès des empereurs chrétiens, ne le fut pas moins, nous le savons, à la Cour des rois barbares. Aussi les évêques furent-ils maintenus dans le droit de surveiller les juges [1], et la juridiction ecclésiastique qui, à Constantinople, était restreinte à la connaissance des délits d'une médiocre importance imputés aux clercs, fut-elle formellement reconnue par les rois francs, comme étant la seule compétente pour connaître de tous les crimes dont les personnes jouissant du *privilége clérical* pouvaient être accusées [2].

II. L'établissement de la juridiction ecclésiastique à côté des juridictions barbares, eut pour résultat, nous le savons, de faire disparaître peu à peu la procédure en usage devant les tribunaux séculiers.— Dans le *mallum* du comte, en présence des *rachimbourgs* ou des *bons hommes*, et, dans les cas difficiles, des *sagibarons;* dans les *plaids* publics tenus par les juges des seigneurs puissants, aussi bien que devant le tribunal du roi ou dans l'assemblée générale de la nation des francs, la procédure était à peu près la même. L'audience était publique; le serment de l'accusateur, de l'accusé et des *conjuratores*, les épreuves du feu, de l'eau bouillante, de la croix, du fer chaud, de l'eau froide et enfin le duel judiciaire étaient les seuls moyens qu'eût le juge pour découvrir la vérité, quand l'accusé opposait la dénégation aux assertions de l'accusateur.—Plus tard, quand l'établissement du système féodal eut modifié les institutions d'origine germanique, quand l'abus des preuves négatives et la fréquence des parjures devinrent intolérables, la preuve par témoins perdit de son importance, on cessa d'ajouter foi à des dépositions sans autorité; le duel judiciaire reçut au contraire une extension extraordinaire, et acquit toute la force que la

[1] Const. de Clotaire, Baluze, I, 7.
[2] Baluze, I, 17, 960, 907, 969 et *aliàs*.

Digitized by Google

preuve testimoniale aurait dû conserver. Les gages de bataille devinrent le fondement de toute procédure, le combat vint trancher toutes les questions; entre l'accusateur et l'accusé il décidait de la légitimité de l'attaque ou de la dénégation; entre l'accusé et les témoins il établissait la sincérité des dépositions, entre l'accusé et ses juges il décidait le bien jugé du procès.

Nous n'avons pas à détailler ici les points particuliers de la procédure criminelle en vigueur pendant le règne des deux premières dynasties et durant la période féodale. Il nous suffit d'en constater le caractère et de signaler les modifications qu'introduisit l'influence canonique.

Cette procédure a pour caractères distinctifs :

1° Le droit d'accusation reconnu à tous ; tout homme pouvait en accuser un autre, le poursuivre directement en justice et administrer contre lui la preuve du fait allégué. Le juge avait bien le droit de poursuivre d'office, mais il ne le faisait que dans certains cas assez rares.— Le rôle du juge dans la poursuite par voie d'accusation était impassible; le débat n'avait pas lieu entre la justice et l'accusé, mais entre l'accusé et l'accusateur, la preuve toute entière incombait à ce dernier, le juge n'avait pas à s'immiscer directement dans le débat, ni à prescrire des mesures d'instruction [1].

2° La publicité absolue des débats ; ils avaient lieu oralement et en l'absence de toute espèce d'information écrite.

3° L'organisation d'un système de preuves qui n'ayant pas pour but la constatation de la vérité matérielle des faits, imposait au juge l'obligation de décider non pas d'après la conviction que les débats avaient pu lui inspirer, mais d'après les résultats du serment ou du jugement de Dieu. De sorte que le fait incriminé était tenu pour constant, non parce que des témoins *de visu* en avaient déposé, mais par le motif que l'accusé n'avait pu s'en purger par le serment ou avait succombé, soit dans les *ordalies*, soit dans le combat judiciaire. Car quoiqu'en principe il n'y eut lieu à recevoir le serment des *conjuratores*, que dans le cas où les témoignages produits n'avaient pu complétement établir la vérité du crime, et quoique, par analogie, il n'y eut lieu d'admettre les épreuves qu'à défaut de témoi-

[1] V. Mittermaier, *Traité de la preuve*, chap. 3.

Digitized by Google

gnages suffisants et de *conjuratores*, cependant comme l'accusé avait le droit de contester les témoignages, et que la fréquence des parjures avait considérablement diminué l'autorité de la preuve testimoniale, il faut admettre que, dans la pratique, le jugement de Dieu était souvent la seule base de la décision du juge, même dans le cas d'audition préalable de témoins. Ce résultat est certain pour l'époque féodale, lorsque le combat judiciaire devint le pivot de toute la procédure.

Voyons maintenant comment ces trois éléments de la procédure séculière, droit d'accusation reconnu à tous, débat public et oral, et système de preuves devant conduire non pas à la vérité *matérielle* mais à une vérité purement *formelle* [1], ont été successivement modifiés par la procédure canonique.

L'Église n'a jamais procédé brusquement; chaque fois qu'elle a voulu corriger un système défectueux, mais profondément enraciné dans les mœurs des peuples, elle a commencé par faire une sorte de transaction et par *subir* les abus qu'elle voulait faire disparaître. Ainsi, dans le principe, la procédure des cours d'église présenta beaucoup d'analogie avec celle des cours séculières. La poursuite avait lieu par voie d'accusation [2]; la preuve par témoins et à son défaut *per cumpurgatores* était admise à peu près comme devant les autres juridictions; enfin le jugement de Dieu, les ordalies et même le combat judiciaire, quoique rarement ordonné, étaient dans quelques cas les seules bases de la décision [3].

Déjà, cependant, se manifestait dans l'Église cette tendance vers la procédure écrite qui devait bientôt remplacer l'ancien système. Ainsi l'accusation pour être recevable devait être formulée par écrit [4]. Cette innovation importante que l'on doit considérer comme ayant servi de transition entre la poursuite par voie d'accusation et celle par voie de plainte ou de dénonce et plus tard par voie d'inquisition, avait pour résultat de déterminer d'une manière précise les faits reprochés à l'accusé, et en rendant les accusateurs plus circonspects, de mettre des bornes au droit absolu, qu'avait chacun de provoquer directe-

[1] Voyez comment cette distinction est établie par M. Mittermaier, *Traité de la preuve*, ch. 2.

[2] C. *Nihil* 4, C. 2, q. 1.

[3] C. *Nobilis homo* 15, C. 2, q. 5.

[4] C. *Accusatorem* 1, C. 2, q. 8.

Digitized by Google

ment l'action répressive de la justice. De plus le rôle du juge qui était purement inerte et passif dans les tribunaux séculiers où il avait seulement le droit de repousser le témoignage des hommes mal famés pour rechercher celui des hommes de bonne réputation [1], fut singulièrement agrandi devant les cours d'église. C'est l'influence de cet exemple qui paraît avoir déterminé Louis-le-Débonnaire à déclarer que dans les matières intéressant le fisc royal, le juge ne devrait pas tenir compte des seuls témoignages produits de part et d'autre, mais aurait encore le droit d'appeler en témoignage les personnes les plus estimées et les plus véridiques de la contrée [2]. Le débat, dès lors, n'eut plus lieu d'une manière aussi exclusive entre l'accusateur et l'accusé, le juge, organe de la justice, y intervint d'une manière beaucoup plus active.

III. La preuve testimoniale fut ramenée à sa véritable valeur par le droit canonique. Tandis que les lois barbares toujours à la recherche de la vérité *formelle* ou de convention plutôt que de la vérité *matérielle*, déterminaient avec précision le nombre des témoignages nécessaires pour la confirmation d'un fait, et exigeaient trois, quatre, six et même sept témoins [3], l'Église ne recherchant au contraire que la vérité *matérielle* ou de conviction, et pensant avec raison qu'elle pouvait résulter de *l'autorité* seule des témoignages, plutôt que de leur *nombre*, déclara que la preuve serait complète quand deux témoins auraient fait une déposition identique [4]. Les lois barbares n'avaient presque rien décidé sur la capacité des témoins, ou tout au moins n'avaient considéré comme établissant l'incapacité de déposer en justice que les condamnations antérieures pour crimes graves. L'Église au contraire détermina avec soin les conditions de capacité requises chez les témoins; ce sont les évêques composant les conseils de Charlemagne, qui inspirèrent les capitulaires de ce prince, d'après lesquels furent incapables de déposer en justice : les enfants n'ayant pas encore atteint l'âge de quatorze ans [5]; les individus déjà convaincus

[1] Baluze, I, 351.

[2] Baluze, I, 674.

[3] *Lex alam.*, cap. 42, Bal., I, 69. — *Lex rip.*, tit. 41, Bal., I, 38. — *Lex Batavor.*, tit. 2, c. 1. — Décret de Childebert de mars 532, art. 7.

[4] Cap. *Licet universis* 23, L. 2, t. 20, *apud Gregor.*

[5] Baluze, I, 235, 1045.

Digitized by Google

de faux témoignage ou de parjure [1], ou de mauvaise renommée [2]; les accusateurs et les gens de leur maison [3], et les personnes ayant un intérêt dans le procès [4]. Ce ne sont pas les lois barbares mais bien les capitulaires dus à l'inspiration des évêques qui établirent que les témoins seraient discutés par les accusés avant leur admission au serment, et qu'ils devraient faire leur déclaration à jeun et isolément. Aussi n'est-il pas surprenant de retrouver dans le recueil de Gratien tous les capitulaires qui ont réglé la matière. Ils avaient été inspirés par les organes du droit canonique, ils n'ont fait que remonter vers leur source en passant en entier dans les recueils de la législation de l'Église.

L'Église, on le voit, avait accueilli avec faveur la preuve par témoins, et l'avait régularisée de manière à lui donner toute l'autorité dont elle était alors susceptible.— Mais elle ne considéra pas du même œil les preuves négatives par le serment des *compurgateurs*, et par le jugement de Dieu. C'est un point aujourd'hui incontestable que les tribunaux clercs, *les cours de chrétienté*, comme on les appelait, rejetèrent les preuves négatives aussi bien que le combat judiciaire qui en était la conséquence, tandis que les tribunaux séculiers avaient admis l'une et l'autre de ces pratiques [5].

Célestin III prohiba le duel judiciaire comme ayant pour résultat souvent de faire condamner l'innocence et toujours de tenter Dieu [6]; il fut défendu aux clercs d'une manière absolue de combattre soit par eux-mêmes, soit par procureurs ou champions [7]. Les papes réprouvèrent comme étant en opposition avec les doctrines canoniques les épreuves de l'eau et du feu [8], et déclarèrent que l'absolution prononcée après une semblable épreuve était nulle, et n'empêchait pas de reprendre les poursuites pour rechercher de nouveau la vérité, par les moyens ordinaires [9]. Enfin partout et toujours, les papes par leurs con-

[1] Baluze, I, 235.
[2] Baluze, I, 352.
[3] Baluze, I, 1057.
[4] Baluze, I, 1065.
[5] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 18.
[6] Cap. *Cura suscepti* 1, L. 5, t. 25, *apud Gregor.*
[7] Cap. *Henricus* 2, L. 5, t. 14; — cap. *Sententiam* 9, L. 3, t. 50, *apud Greg.*
[8] C. *Meunam* 7, c. 2, q. 5.
[9] Cap. *Ex tuarum* 8, L. 5, t. 23, *apud Gregor.*

Digitized by Google

stitutions, les évêques par la voix des conciles ou l'autorité de leurs écrits s'élevèrent contre ces pratiques monstrueuses qui faisaient dépendre l'issue d'un procès criminel, non pas du jugement de Dieu comme on le croyait, ou plutôt comme on affectait de le croire, mais de la force, du hasard, souvent même de la fraude ou de la supercherie [1].

IV. L'Église ne se montra pas plus favorable à la preuve par serment; elle repoussa les compurgateurs tels que les admettait la loi séculière, comme elle avait repoussé les ordalies et le duel judiciaire. C'est là un point qui mérite d'être éclairci, car l'usage adopté par l'Église de forcer les accusés à se purger par serment (*purgatio canonica*) des accusations portées contre eux, a fait croire qu'elle avait donné à ce genre de *preuve*, si l'on peut donner le nom de preuve à cette pratique, une extension extraordinaire, et qu'ainsi elle a favorisé indirectement le parjure.

Devant les tribunaux séculiers, la *purgation vulgaire* par les ordalies ou le serment des *compurgatores*, avait pour résultat de mettre à néant *les commencements de preuve* que l'audition des témoins avait pu produire. La purgation canonique, au contraire, avait pour but de détruire, non pas une preuve suffisante, mais *le simple soupçon;* elle avait son fondement dans la sainteté de la vie cléricale [2], dont la pureté, comme celle de la femme de César, ne doit pas même être soupçonnée.— Il n'y avait en effet, que l'homme digne de foi qui fût admis à purger par le serment sa réputation attaquée [3]; mais quand le crime était non pas prouvé, mais seulement probable, il ne le pouvait jamais [4]. — Les compurgateurs qui venaient prêter à l'accusé l'appui de leur serment, et affirmer l'honnêteté de sa vie toute entière, devaient être aussi rigoureusement examinés que des témoins ordinaires ; on recherchait quelle avait été leur vie passée, et s'ils étaient dignes de venir par leur serment faire tomber des soupçons injustes [5]; enfin ils devaient connaître parfaitement la vie et les habitudes

[1] Rocco, *Jus canonicum ad civilem jurisprudentiam perficiundam quid attulerit* (Palerme, 1838), § 15.

[2] Rocco, *loc. cit.*, § 16, p. 52, note.

[3] Cap. *Nobilis* 1, L. 5, t. 23, *apud Gregor.*

[4] Cap. *Si quis* 4, L. 5, t. 23, *apud Gregor.*

[5] Cap. *Constitutus* 9, L. 5, t. 23, *apud Gregor.*

Digitized by Google

de l'homme qui invoquait leur foi [1].— Il y a loin, comme on le voit, de la purgation vulgaire à la purgation canonique ; ce n'est donc pas l'Église qui a propagé le parjure, elle a fait au contraire tous ses efforts pour le réprimer. La purgation vulgaire était depuis longtemps en usage dans les cours séculières, qu'elle était encore inconnue aux juges d'église, et lorsqu'ils adoptèrent la purgation par serment, ils l'appliquèrent au soupçon du crime et jamais au crime lui-même.

L'extension vraiment incroyable que prit le privilége clérical et la multitude des affaires qui directement ou indirectement par voie de connexité rentraient dans la compétence de la juridiction ecclésiastique [2], donnèrent à cette juridiction une importance bien supérieure à celle des cours séculières. Aussi peu à peu le pouvoir civil emprunta-t-il à la législation canonique ses principes les plus féconds, et il n'hésita pas à sanctionner les prohibitions de l'Église.— Nous avons déjà vu que les capitulaires de Charlemagne avaient régularisé la preuve testimoniale et l'avaient rendue plus propre à la découverte de la vérité; d'autres capitulaires, non moins importants, rendirent hommage aux lumières et à la modération de l'Église, en prohibant les ordalies ou jugement de Dieu.— Les dispositions des lois barbares qui prescrivaient ce genre de *purgation* ne tardèrent pas, en effet, à tomber dans l'oubli ou à devenir d'une rare application. Charlemagne semble avoir voulu restreindre les épreuves à celles qui paraissaient les plus douces, en ordonnant que s'il survenait quelques différends entre ses enfants, ils fussent terminés par le jugement de la croix [3]. Louis le Débonnaire après avoir borné cette épreuve aux affaires ecclésiastiques l'abolit entièrement ; son fils Lothaire confirma cette disposition et abolit pareillement la preuve par l'eau froide ; enfin les autres épreuves disparurent aussi peu à peu et du temps de Beaumanoir il n'en restait plus de vestiges [4].

Mais il n'en fut pas tout à fait de même pour le combat judiciaire; il se maintint plus longtemps que les ordalies, et cela se comprend, puisqu'il était, comme nous l'avons dit souvent,

[1] Cap. *Cum Manconella* 7, L. 5, t. 23, *apud Gregor.*

[2] V. pour les détails, les remarquables recherches de M. Faustin Hélie, *De l'instruction criminelle*, t. I, p. 359, § 68.

[3] Baluze, I, p. 444, art. 14.

[4] Montesquieu, *Esprit des lois*, liv. XXVIII, ch. 18.

Digitized by Google

l'unique remède contre l'abus des parjures. Cependant l'influence de la doctrine canonique finit peu à peu par le faire disparaître. Ainsi en 1138 il fut défendu d'ordonner le duel pour une contestation au-dessous de *cinq sous;* en 1215 il fut réglé qu'à l'avenir les champions ne se battraient plus avec des bâtons plus longs que de trois pieds; Philippe-Auguste et Saint-Louis cherchèrent à calmer l'effervescence des passions excitées, en établissant *la quarantaine-le-roy* qui consistait dans une trève de quarante jours après chaque querelle. — Enfin Saint-Louis en 1260 abolit le duel judiciaire dans ses domaines et déclara quelques années après, comme nous l'avons vu [1], qu'on pourrait *fausser* jugement sans combattre. Enfin l'influence du clergé sur la jurisprudence acheva de faire disparaître les traces de cette violente procédure, et facilita ainsi, comme nous le verrons bientôt, l'introduction de la procédure par inquisition.

Le duel en disparaissant de la procédure criminelle demeura néanmoins dans les habitudes de la noblesse comme servant de garantie à l'honneur outragé. L'Église le poursuivit encore sous cette nouvelle forme. Le concile de Trente en déclara l'usage exécrable, introduit par les artifices du démon et excommunia non-seulement les duellistes et leurs témoins, mais encore les princes qui tolèreraient les duels dans leurs terres [2]. — Cette prohibition inspira plusieurs ordonnances contre les duels [3], mais le mal augmentant toujours, le clergé de France fit des remontrances à Louis XIII, qui rendit alors la sévère ordonnance de 1626, suivie bientôt après d'un grand nombre d'autres. La loi moderne ne paraît pas avoir formellement défendu les duels; néanmoins la jurisprudence puisant ses inspirations dans les idées actuelles, telles que l'influence de l'Église les a faites, n'hésite jamais à faire une juste application de la doctrine du concile de Trente.

Jusqu'ici nous avons vu l'Église déblayer en quelque sorte le terrain et s'attacher principalement à faire disparaître les obstacles qui retardaient le progrès.— De tous les moyens que les tribunaux séculiers employaient pour découvrir la vérité, l'Église n'avait conservé que la preuve testimoniale; en re-

[1] Dans nos *Études historiques sur la procédure civile.*

[2] Sess. 25, cap. 19.

[3] Mai 1579; — avril 1602; — juin 1609; — 1er juillet 1611; — 25 juin 1624

Digitized by Google

poussant le combat judiciaire et le système des preuves négatives par les ordalies et le serment, elle avait fait faire à la procédure criminelle un progrès immense, car tandis que sous l'empire de ces preuves, le juge ne recherchait qu'une vérité purement formelle, l'Église en n'adoptant que la preuve testimoniale avait fait rentrer la justice dans la véritable voie, celle qui conduit à la vérité matérielle.

§ 2.

I. Révolution dans la procédure criminelle; — l'Église substitue la poursuite par dénonciation à la poursuite par accusation.
II. Établissement des juges permanents.
III. Établissement de la procédure INQUISITORIALE.
IV. La juridiction séculière adopte la procédure INQUISITORIALE et la rend SECRÈTE, en la dénaturant dans son esprit et en la faussant dans son application.

I. Quoique l'Église eût admis le principe qui servait de base aux poursuites criminelles devant les tribunaux laïques, que dans tout procès il devait y avoir un accusateur *légitime et idoine*, cependant l'esprit de charité qui l'animait lui fit bientôt adopter la poursuite par dénonciation qui fut régularisée vers le XIIe siècle.

Le droit d'accusation avait en effet pour résultat, comme nous l'avons vu, de faire du procès une question personnelle entre l'accusateur et l'accusé. L'exercice de ce droit pouvait, par suite, donner naissance à des haines éternelles, et d'un autre côté, comme l'accusateur était obligé de soutenir lui-même, à ses risques et périls, la vérité de ses assertions, il arrivait souvent que des crimes considérables demeuraient impoursuivis faute d'accusateurs qui osassent en provoquer la répression [1]; comme aussi des infractions plus légères restaient impunies, parce qu'il n'y avait personne qui les jugeât assez importantes pour en faire l'objet d'une accusation. Enfin, l'accusation, quand elle avait pour objet des fautes peu graves, prenait le coupable à l'improviste et ne lui donnait pas le temps de venir à résipiscence. Pour éviter tous ces inconvénients, l'Église accueillit les dénonciations, surtout quand elles avaient lieu pour des fautes très-répréhensibles, sans doute, mais de

[1] Beaumanoir, ch. XXX, 90.

Digitized by Google

médiocre importance; dans ce cas, elle en poursuivait d'office la répression [1]. L'Église fit de la dénonciation un devoir de charité qui avait pour but de procurer, non pas la condamnation du coupable, mais seulement sa correction et l'amendement de sa conduite [2]. Aussi fut-il déclaré que les dénonciateurs ne seraient pas obligés de s'*inscrire* comme les accusateurs [3], mais qu'avant de faire leur dénonciation, ils devraient charitablement avertir le délinquant du scandale qu'il s'agissait de réprimer, à peine de voir leur dénonciation considérée comme non avenue [4]. Cette innovation importante, qui avait ce résultat énorme d'agrandir la mission du juge et de forcer le coupable à répondre, non plus à un accusateur passionné, mais à la justice impartiale, tendit toujours à se généraliser, et fut bientôt adoptée par les justices seigneuriales. Beaumanoir nous atteste que le demandeur, s'il ne voulait pas saisir la justice par voie d'accusation, pouvait le faire par voie de dénonciation ou de plainte, et lorsque le fait dénoncé était *clers et apert*, le juge agissait d'office [5]. Le droit de dénonciation fut bientôt réglementé conformément à la doctrine canonique, et une ordonnance du 17 mai 1315 défendit aux sénéchaux et baillis de recevoir aucune plainte qui ne parût fondée.

II. La substitution de la poursuite par voie de dénonciation à celle par voie d'accusation élargit, comme nous l'avons dit, la sphère d'action des juges, et en rehaussant l'importance de leur mission, multiplia beaucoup leurs occupations. Ce fait doit être considéré comme une des causes de l'établissement des *officialités*. Les évêques et archevêques étaient en effet les juges naturels et *ordinaires* de tous les faits délictueux commis dans l'étendue de leur juridiction. Mais la multiplicité des affaires ne leur permettant pas de prendre personnellement connaissance de tous les procès qui leur étaient soumis, ils avaient adopté l'usage d'en renvoyer l'examen et la connaissance à des juges spécialement *délégués* pour chaque affaire. Plus tard, l'importance de la juridiction ecclésiastique grandissant toujours, et la poursuite par dénonciation venant rendre son intervention plus

[1] Cap. *Super his* 16, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*
[2] *Ibid.*
[3] *Ibid.*
[4] Cap. *Si quis* 2; cap. *Cum dilectus* 20, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*
[5] Ch. X, 10.

Digitized by Google

fréquente encore, on comprit qu'il fallait donner aux juges un caractère fixe et permanent; les *juges délégués* n'eurent plus une mission spéciale ou temporaire, et quelque temps après, Boniface VIII organisa définitivement les *officialités*[1], dont les premières traces remontent à une époque quelque peu antérieure.

L'Église fut la première à constituer des juges permanents. Les officialités étaient établies et fonctionnaient régulièrement que les justices seigneuriales étaient encore livrées à tout le désordre que devait nécessairement produire leur composition flottante. Les inconvénients résultant de la difficulté de réunir les pairs et les *hommes-jugeurs* furent mis en évidence par l'exemple des tribunaux ecclésiastiques; aussi de même que les pairs abandonnèrent le jugement des affaires civiles lorsque l'art de la procédure commença à prendre naissance, de même ils désertèrent peu à peu les assises criminelles quand la poursuite par voie de dénonciation, précurseur de la procédure inquisitoriale, fut généralement admise, et les baillis et autres juges prirent l'habitude de juger seuls.

III. La généralisation par les tribunaux ecclésiastiques de la poursuite par voie d'information, combinée avec la nécessité de dresser par écrit, soit l'acte d'accusation, soit l'acte de dénonciation, conduisit peu à peu l'Église à créer la procédure inquisitoriale et écrite.

Innocent III ayant voulu réformer le clergé ordonna des enquêtes sur la conduite des clercs. Les enquêteurs ou inquisiteurs arrivèrent de la sorte à constater non-seulement des irrégularités, mais encore des crimes. Quand le crime constaté emportait la déposition ou la perte du bénéfice, la poursuite avait lieu en la forme ordinaire par voie d'accusation devant les officialités; dans le cas contraire, il était directement procédé par les inquisiteurs au jugement et à la répression du délit[2]. De sorte que la poursuite put avoir lieu de trois manières différentes : *per accusationem, denunciationem et inquisitionem*[3]. Mais de même que la dénonciation devait, pour être recevable,

[1] Cap. *Non putamus* 2, L. 1, t. 4; — cap. *Licet in officialem* 2, L. 1, t. 13; — cap. *Romana* 1, L. 2, t. 2, in 6°.

[2] C. *Inquisitionis* 21, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*

[3] C. *Qualiter* 24, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*

Digitized by Google

être précédée d'un avertissement charitable, de même il fallait que la poursuite par inquisition fût précédée, et par suite justifiée par une sorte de clameur publique [1]. Dans ce cas, l'inquisiteur faisait comparaître secrètement les témoins, recueillait les témoignages et les couchait par écrit. On signifiait ensuite à l'*accusé* les différents chefs d'inculpation dont il était l'objet (*capitula de quibus fuerit inquirendum*), ainsi que les témoignages et *les noms des témoins*, afin qu'il put fournir sa défense et faire valoir ses exceptions et reproches : *Et non solum dicta, sed etiam* NOMINA IPSA *sunt ei* (*ut quid et à quo sit dictum appareat*), *publicanda, nec non exceptiones et replicationes legitima admittenda, ne* PER SUPPRESSIONEM NOMINUM, *infamandi, per exceptionum vero exclusionem deponendi falsum audacia præbeatur* [2].

Tel était le véritable esprit de la législation de l'Église ; il est singulier que cet esprit ait été si longtemps méconnu, et qu'un texte si précis et d'une si haute importance ait échappé aux investigations des historiens du droit. Voici en effet comment s'exprime M. Faustin Hélie, d'ordinaire si exact, et dont les remarquables travaux ont jeté de si vives lumières sur les origines canoniques de notre droit criminel :

« Boniface VIII recommandait expressément d'employer la » forme *per inquisitionem* dans les procès d'hérésie (*Sexti* » *decret.* L. 5, tit. III, cap 20). Il voulait que si des accusateurs » ou des témoins étaient appelés, ils déposassent en secret *et* » *que leurs noms fussent voilés, ipsorum nomina non publicè* » *sed secreto coram episcopo*..... Mais ce n'était encore qu'aux » procès d'hérésie que Boniface VIII *étendait* ce nouveau mode » d'instruction. Clément V *l'appliqua* à des délits communs, » tels que l'usure et la simonie; il prescrivit qu'en cette matière, » suivant la formule des précédents canons, on suivît une pro- » cédure prompte et sommaire et dépouillée de toutes les solen- » nités ordinaires des jugements : *procedi valeat de cetero sim-* » *pliciter et de plano ac sino strepitu judicii et figurâ* (Clement.

[1] C. *Cum præterea* 19, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*

[2] C. *Qualiter* 24, L. 5, t. 1, *apud Gregor.* — Il suffit de lire ce texte avec attention pour se convaincre qu'il était applicable non-seulement aux prélats, mais encore aux personnes ecclésiastiques d'une condition inférieure (*subditi*).

Digitized by Google

» Lib. II, tit. 1, cap. 2). Enfin le pape Jean XXII *étendit* cette » procédure à d'autres faits et à d'autres délits (*Extravag.* » *comm.*, lib. II, *De judiciis*, tit. 1, cap. *unic.*). *Et dès lors, elle* » *fut généralement adoptée par la juridiction ecclésiastique...* » Le juge ecclésiastique dès qu'il avait connaissance d'un délit » qui rentrât dans les limites de sa compétence, commençait » une information secrète, entendait des témoins à huis-clos et » recueillait par écrit leurs déclarations. Ces déclarations » écrites étaient signifiées aux parties *en célant le nom de leurs* » *auteurs*[1].

Or, nous avons vu que c'était précisément le contraire qui avait lieu, *Et non solum dicta sed etiam nomina ipsa sunt ei publicanda*, etc. Il est vrai que dans les procès d'hérésie une dérogation à ce principe fut admise par Boniface VIII, et encore ce pape ne voulut-il pas soustraire complétement ce genre de procès à la règle générale. En principe les noms des témoins devaient toujours, même dans les procès d'hérésie, être signifiés à l'accusé. Seulement quand les témoins auraient été exposés à un danger grave et imminent à cause du rang élevé de la personne accusée, le juge avait alors *la faculté*, sous sa responsabilité personnelle, de cacher à l'accusé les noms des témoins. Mais si ce danger n'existait pas ou venait à disparaître, il fallait appliquer le principe général et notifier à l'accusé les noms des témoins[2]. Ainsi donc la constitution de Boniface VIII bien loin de détruire la règle générale la confirme au contraire.

Mais est-il vrai que la dérogation apportée à cette règle par Boniface VIII en matière d'hérésie, ait été étendue par Clément V à des délits communs? Pas le moins du monde. Le texte cité à l'appui de la thèse contraire n'a absolument aucun rapport à la procédure criminelle; il a trait uniquement à certaines affaires civiles à l'égard desquelles Clément V ordonne

[1] *Loc. cit.*, p. 401 et 402.

[2] V. cap. *Statuta* 20, L. 5, tit. 2, in 6°. — ..... Jubemus tamen quod si accusatoribus vel testibus in causa hæresis intervenientibus seu deponentibus (propter potentiam personarum contra quas inquiritur) videant episcopus vel inquisitores grave periculum imminere si contingat fieri publicationem nominum eorumdem, ipsorum nomina non publicè sed secretò coram diocæsano episcopo..... exprimantur..... cessante vero periculo supradicto accusatorum et testium nomina (prout in aliis fit judiciis) publicentur.

Digitized by Google

de suivre les formes de la procédure *sommaire* et non celles de la procédure *ordinaire*[1].

Enfin il n'est pas plus exact de prétendre que Jean XXII aurait consacré une dérogation semblable pour d'autres délits. Le texte cité par M. Hélie se borne à déclarer que les faux monnayeurs seront cités à comparaître au délai de trois mois, passé lequel délai il sera procédé contre eux tant en leur absence que présence[2].

La procédure inquisitoriale ne présentait donc pas les inconvénients qu'on lui a injustement reprochés, et elle diminuait si peu les droits de la défense que la procédure moderne l'a conservée complétement en ce qui touche l'audition secrète des témoins pendant l'information, et la notification à partir du cahier d'information. Mais comme c'était en définitive un moyen nouveau, exceptionnellement établi et qui pouvait quelquefois avoir pour résultat de troubler injustement la tranquillité des personnes, il fut déclaré que les formes décrétées pour cette procédure devraient être rigoureusement suivies et que la moindre négligence, la moindre irrégularité l'entacherait de nullité[3]. C'est là le fondement de la doctrine moderne sur le respect absolu des formes judiciaires qui sont la garantie la plus précieuse de l'accusé.

Du reste la procédure inquisitoriale était dans le principe toute exceptionnelle et applicable seulement aux délits qui pouvaient être sommairement poursuivis et constatés et méritant plutôt une correction qu'une peine proprement dite. De sorte que très souvent la poursuite inquisitoriale n'avait pas plus de portée que l'information qui se fait encore de nos jours, et servait seulement de préliminaire à une poursuite par voie

[1] Cap. *Dispendiosam* 2, L. 2, t. 1, *ad Clem.* — Dispendiosam prorogationem litium..... restringere cupientes, statuimus ut in causis super electionibus, postulationibus, vel provisionibus, aut super dignitatibus, personatibus, officiis, canonicatibus vel prebendis, seu quibus vis beneficiis ecclesiasticis aut super decimis..... nec non super matrimoniis vel usuris et eas quoque modo tangentibus ventilandis, procedi valeat de cætero simpliciter et de plano, ac sine strepitu judicii et figura.

[2] Cap. *unic.*, lib. 2, t. 2, *Extravag. comm.* Voici le sommaire de cette décrétale : Præmisso eleganti exordio, ostensis periculis quæ proveniunt ex falsorum florenorum fabricatione, citantur peremptorio fabricantes, datâ sibi dilatatione trium mensium intra quos coram papa compareant : aliàs contra ipsos, corum absentia non obstante, procedetur prout justitia suadebit.

[3] Cap. *Ad petitionem* 22, L. 5, t. 1, *apud Gregor.*

Digitized by Google

d'accusation lorsque le crime constaté rentrait dans la catégorie des délits ordinaires. Mais cette procédure qui avait le précieux avantage, en cas d'appel ou de révision, de conserver par l'écriture tous les faits du procès, tendit bientôt à devenir la règle générale et finit par être seule en usage devant les tribunaux ecclésiastiques.

IV. Les tribunaux séculiers ne tardèrent pas à adopter cette procédure simple et facile qui, restreinte dans les limites que le droit canonique lui avait tracée, était si propre à la découverte de la vérité. L'enquête par commission remplaça donc les gages de bataille; *les Etablissements de saint Louis*, les *Olim*, et les nombreuses ordonnances rendues sur cette matière pendant les XIIIe et XIVe siècles contiennent des détails précieux que nous n'avons pas à analyser ici, mais qui sont l'application évidente de la doctrine canonique. Si le droit séculier s'était borné à adopter la procédure canonique, il aurait consacré un progrès immense; mais il voulut aller plus loin, et en établissant la *procédure secrète* il donna naissance à tous ces abus qui ont jeté tant de défaveur sur l'ancien droit criminel et qui n'ont pu être détruits que par la révolution de 1789.

Les dépositions des témoins qui devaient être communiquées à l'accusé conformément à ce qui avait été prescrit par le droit canonique[1], cessèrent de l'être. La signification de l'enquête fut remplacée par la confrontation de l'accusé avec les témoins. L'ordonnance de Blois (mars 1498) distingua entre les procès *ordinaires* pour crimes de médiocre importance, et les procès *extraordinaires* concernant au contraire les crimes les plus graves. Et tandis que le droit canonique n'avait décrété la procédure secrète que pour les crimes légers et avait conservé la publicité des débats pour les crimes énormes, l'ordonnance de 1498 conserva les formes ordinaires du jugement pour les délits peu importants, et soumit au contraire les grands crimes à la procédure secrète.

Enfin les ordonnances de 1536, 1539 et 1670 étendirent cette manière de procéder à toutes les espèces de poursuites. L'information décidait si le procès devait être jugé d'après les formes ordinaires ou réglé à l'extraordinaire. L'accusé privé de l'assistance d'un conseil fut abandonné à l'action de la justice

[1] Ordonnance de juillet 1319, art. 21.

Digitized by Google

sans autre garantie que la stricte observation des formes judiciaires dont la violation, conformément à la doctrine canonique, entraînait la nullité de la procédure [1].

Ainsi donc s'il est vrai de dire que la procédure inquisitoriale découle directement de la doctrine canonique, il serait inexact de prétendre que c'est le droit pontifical qui a créé ce système obscur et ténébreux qui enlève brusquement un citoyen à toutes ses affections, le laisse languir dans les angoisses d'une longue captivité, forge contre lui dans la poudre des greffes, des armes contre lesquelles il peut à peine se défendre, et ne le montre au grand jour qu'à l'heure du supplice. Le droit canonique avait remplacé le jugement de Dieu et les gages de bataille par l'enquête; cette substitution, qui était un immense progrès, l'avait conduit à adopter l'enquête par commissaire, c'est-à-dire la forme inquisitoriale, et la sagesse de cette innovation ne nous paraît pas avoir été assez remarquée. L'enquête faite par un homme qui n'est pas chargé de prononcer le jugement, offre à l'accusé des garanties bien plus sérieuses; d'un autre côté, la mission d'apprécier cette enquête et de prononcer la sentence était donnée à un juge qui, n'ayant pas été chargé de l'information, n'est pas en quelque sorte lié par l'enquête, rend la position de l'accusé bien meilleure et donne plus de facilités à la défense. C'est là ce qu'a produit la doctrine canonique. Les inquisiteurs ne jugeaient en effet que lorsque les faits révélés par l'enquête méritaient une légère correction pouvant amener l'amendement du coupable. Lorsque, au contraire, les faits constituaient un crime grave, le jugement en était renvoyé aux officialités, et il y était procédé en la forme ordinaire. En un mot la procédure inquisitoriale était exceptionnelle et réservée aux infractions légères; la publicité de l'audience était la règle générale et toujours appliquée pour les grands crimes. Il est vrai que cet état de choses fut modifié et que la procédure devint secrète devant les tribunaux ecclésiastiques, comme elle le fut devant les tribunaux séculiers; mais ce résultat fut produit par des causes étrangères au droit canonique. L'action incessante du pouvoir civil et des parlements introduisit dans les cours d'église des pratiques peu en harmonie avec les textes qui constituent le droit canonique propre-

[1] Ordonnance de 1670, tit. 14, art. 4.

Digitized by Google

ment dit[1]. La justice séculière, après avoir emprunté le principe de ses formes à la justice ecclésiastique, voulut à son tour réagir contre elle et lui imposer sa manière de procéder. Les nombreux conflits de juridiction qui s'élevèrent entre les deux justices, le droit de les vider dont le parlement s'empara à l'aide des appels comme d'abus, produisirent forcément ce résultat qui fut enfin définitivement consacré par les ordonnances.

L'ordonnance de Melun (février 1580) décréta en effet que les procès criminels dirigés contre les ecclésiastiques seraient instruits conjointement, tant par les juges d'église que par les juges royaux. La conséquence naturelle de cette prescription fut la négligence des formes canoniques, et l'ordonnance de 1667 qui déclara applicables aux officialités les formes nouvelles qu'elle établissait, acheva l'assimiliaton de la juridiction ecclésiastique à la juridiction séculière.

La procédure canonique était si peu en opposition avec les saines doctrines, que la loi moderne, en abolissant la procédure secrète telle que les ordonnances royales l'avaient constituée, a adopté le système inquisitorial tel, à peu près, qu'Innocent III l'avait établi. Le juge en effet procède d'abord à une instruction secrète dont le résultat sert à qualifier le fait incriminé; il est ensuite procédé publiquement aux débats et au jugement. Et tandis que l'accusé était obligé par les ordonnances de prêter serment de dire la vérité, et se trouvait ainsi dans l'alternative de se parjurer ou de s'accuser lui-même, la loi moderne l'a laissé complétement libre dans ses réponses, et a ainsi sanctionné la doctrine canonique qui défendait de déférer le serment aux accusés.

L'abolition de la publicité des débats et les restrictions apportées par les ordonnances à la libre défense des accusés, eurent pour résultat de diminuer pour les juges les éléments de conviction. Il fallut dès lors que les jugements fussent basés, non plus sur l'opinion des magistrats, mais sur la valeur que la loi attachait aux divers genres de preuves destinés à mettre la culpabilité de l'accusé en évidence. De sorte que la sentence devait être, non la manifestation de la conviction du juge, mais l'application de l'opinion du législateur qui attachait une force probante à tel fait, à tel témoignage, à tel aveu, à telle cir-

[1] Rocco, *loc. cit.*, § 28, p. 98.

Digitized by Google

constance. C'est là l'origine du système des *preuves légales* qui occupa les meilleurs esprits et inspira de si beaux travaux. Aujourd'hui la loi ne demande aux juges que leur conviction et ne prétend pas enchaîner leur opinion par des règles fixes. Néanmoins l'étude de l'ancien système des preuves légales est toujours importante; ce système a laissé dans la loi moderne des traces visibles, notamment en ce qui touche la délivrance des mandats et les mises en prévention, et l'on peut encore y puiser des règles fécondes pour arriver à la découverte de la vérité.

§ 3.

I. L'Église réprouve l'application des accusés à la torture.

I. L'établissement de la procédure secrète avait eu pour résultat, nous le savons, d'affaiblir les éléments de conviction. L'absence de tout débat public empêchait souvent que la lumière se fît complétement dans un grand nombre de procédures. Souvent l'information était impuissante à faire éclore des preuves certaines, et les efforts de la justice venaient se briser contre les dénégations de l'accusé. L'aveu de ce dernier pouvait seul donner à la sentence une autorité absolue et mettre en repos la conscience du juge. La torture semblait éminemment propre à conduire à un pareil résultat. Aussi la législation civile en vint à la prodiguer à tout propos, et elle n'eut, pour cela, qu'à s'inspirer d'elle-même, car déjà au XIIe siècle, l'influence du droit romain avait généralisé l'application de la question qui, sous l'empire des lois barbares, ne pouvait être appliquée qu'aux esclaves.

L'Église, qui a horreur du sang, et qui d'ailleurs n'avait qu'une médiocre confiance dans la sincérité des aveux provoqués par les tourments, rejeta constamment ce moyen barbare par lequel on prétendait arriver à la vérité. Déjà et sous l'empire de cette législation romaine si savante dans l'art de faire souffrir, des hommes d'une haute intelligence avaient blâmé ouvertement la torture. Ils disaient que les tourments ne produisent que l'erreur et le mensonge; que les hommes forts savent y résister et que ceux qui sont faibles mentent pour mettre fin à leur supplice, « mais au milieu de tous ces arguments de rhé-
» teur, dit éloquemment un célèbre criminaliste, on n'en dé-
» couvre aucun qui révèle le sentiment de l'humanité outragée;

Digitized by Google

» ils discutent la valeur du témoignage, ils n'en aperçoivent pas, » ils n'en soupçonnent même pas le caractère, ils semblent dis- » posés à répudier la torture, mais ce n'est pas à raison de son » odieuse injustice, c'est parce qu'elle est sujette à l'erreur. On » sent qu'il manque aux esprits les plus élevés de ce temps, » une lumière qui éclaire notre société moderne[1]. »

C'est au christianisme que nous devons cette lumière qui depuis n'a cessé d'éclairer le monde, et dès les premiers siècles nous entendons saint Augustin protester contre la barbarie de la législation : « Quand on recherche, dit-il, si quelqu'un est » coupable, on le torture! Et l'innocent pour un crime incer- » tain subit des tourments qui ne sont que trop réels ; — on le » punit, non parce qu'il a commis un crime, mais parce qu'on » ignore s'il l'a commis, et ainsi l'ignorance du juge fait, la » plupart du temps, le malheur de l'innocence[2]. » — C'est cette doctrine, bien différente de celle professée par certains grands esprits de Rome, qui a pénétré les idées modernes et a fait condamner la torture avant même que le souffle avant-coureur des révolutions l'ait fait disparaître; c'est cette doctrine qui a inspiré ces beaux génies dont parle Montesquieu; c'est cette doctrine qui l'inspirait lui-même, lorsqu'il déclarait que la torture n'était pas nécessaire, et quand au moment d'indiquer certains cas où l'on pourrait à la rigueur en concevoir l'application, il s'arrêtait, parce que, disait-il, « j'entends la voix de la nature qui crie contre moi[3]..... »

L'Église, qui fut toujours en avant sur son siècle, n'admit jamais la torture comme moyen d'arriver à la découverte de la vérité en forçant l'aveu du coupable[4]. — On n'en trouve absolument aucune trace dans les titres des décrétales qui ont organisé soit la poursuite et l'information (*De accusationibus*, *De inquisitionibus*), soit les modes de preuve (*De probationibus*), soit en général les formes judiciaires (*De judiciis*). — On retrouve cependant certains textes qui sembleraient indiquer que l'Église n'a pas toujours rejeté la question, et l'a admise dans certains cas. C'est là une erreur que l'examen attentif de ces textes suffit pour faire disparaître. Le canon *Gravis*, au titre

[1] Faustin Hélie, *loc. cit.*, t. I, p. 88.
[2] *De civit. Dei*, liv. XIX, cap. 6,
[3] *Esprit des lois.*
[4] Van Espen, *Juris ecclesiastici pars tertia*, tit. 8, cap. 3.

Digitized by Google

De deposito des décrétales de Grégoire IX, qui déclare que l'on pourra forcer par la torture un voleur à restituer l'objet volé, ne doit pas être considéré comme ayant autorisé l'usage de la question. — Ce qui rend, en effet, la question épouvantable, c'est qu'elle a pour but de forcer un accusé à l'aveu d'un crime que peut-être il n'a pas commis. Au contraire, dans le cas prévu par le canon *Gravis*, le vol était constant, la torture n'avait pas pour but de provoquer un aveu, mais seulement de forcer le coupable à restituer une chose qu'il avait bien positivement dérobée[1]. D'autres textes confirment encore le caractère que revêtait dans ce cas les tourments ordonnés par un juge qui n'avait plus à rechercher une vérité désormais acquise, mais seulement à procurer la réparation du crime[2].

Si malgré l'action incessante de l'Église, la torture fut toujours en honneur dans notre ancien droit, il faut s'en prendre aux vices généraux dont la législation était infectée, et à la nécessité d'obtenir à tout prix un aveu qui vînt mettre en repos la conscience du juge, en lui donnant une conviction que le système des preuves légales était souvent impuissant à produire. — L'influence de l'Église ne fut cependant pas complétement inutile; c'est elle qui inspira cette disposition d'une ordonnance de décembre 1254, qui défend de mettre à la question, sur la déposition d'un seul témoin, les personnes de bonne renommée, même pauvres; c'est elle qui fit prohiber la torture par le feu et celle qui laissait l'accusé estropié. Et lorsque la royauté, obéissant à la pression de l'opinion publique, fut obligée, le 24 août 1780, de décréter l'abolition de la question préparatoire, et le 1er mai 1788 l'abolition de la question préalable, elle ne fit que donner une éclatante sanction à la doctrine professée depuis des siècles par les législateurs de l'Église.

§ 4.

I. Système pénal de l'Église origine du système moderne. — Base morale de ce système.
II. Son application.
III. Traces du droit canonique dans la répression des délits et leur qualification.

I. « Il y a dans les institutions de l'Église, a dit M. Guizot,

[1] Rocco, *loc. cit.*, § 29, note 3.
[2] C. *Fraternitas* 11, c. 12, q. 2. — C. *Si res* 1, c. 14, q. 6.

Digitized by Google

» un fait en général trop peu remarqué : c'est son système pé-
» nitencier; système d'autant plus curieux à étudier aujour-
» d'hui, qu'il est, quant aux principes et aux applications du
» droit pénal, presque complétement d'accord avec les idées
» de la philosophie moderne..... Aussi ouvrez les livres des
» publicistes, ceux de M. Bentham par exemple, vous serez
» étonnés de toutes les ressemblances que vous rencontrerez
» entre les moyens pénaux qu'ils proposent et ceux qu'em-
» ployait l'Église. Ils ne les lui ont à coup sûr point emprun-
» tés, et l'Église ne prévoyait guère qu'un jour son exemple
» serait invoqué à l'appui des plans des moins dévots philo-
» sophes [1]. »

C'est qu'en effet l'Église, dans la répression des crimes, ne fut jamais inspirée par le désir de la vengeance; et lorsqu'elle était dans la nécessité de déployer toute sa rigueur, elle recommandait de le faire dans un esprit de charité, *Et cum paulo districtius agitur, ex charitate agendum est, et non ex furore;* car elle voulait, par une expiation temporelle, éviter au coupable les flammes éternelles, *quia ipsi hoc præstatur qui corrigitur ne gehennæ ignibus tradatur* [2]. Ce qu'elle se proposait, c'était le repentir qui efface le crime et régénère le coupable; ce qu'elle se proposait encore dans les pénitences publiques, c'était l'amélioration des assistants par la terreur morale de l'exemple.

Aussi l'Église ne prétendait pas infliger des peines proprement dites, mais bien plutôt des *pénitences* (*pœnitentia*, repentir, expiation); par suite, elle repoussait toutes les rigueurs employées par la loi civile, et qui lui paraissaient dériver d'un esprit de vengeance; elle proclamait son horreur pour le sang versé : *Ecclesia abhorret sanguinem..... Gladium non habet nisi spiritualem qui non occidit sed vivificat.* — Elle proscrivait la peine de mort et les autres peines ayant pour résultat la mutilation ou une simple effusion de sang [3]. — Enfin, « elle ne » pouvait, dit M. Faustin-Hélie, prononcer aucune peine qui » fût susceptible d'une exécution publique, comme les galères, » la question, le fouet, la marque, le carcan et le pilori; car le

[1] *Hist. de la civilisation en Europe*, 6e leçon.
[2] C. *Fraternitas* 11, c. 2, q. 2.
[3] Cap. *In archiepiscopatu* 4, L. 5, t. 17, *apud Gregor.*

Digitized by Google

» pouvoir de prononcer ces peines n'appartenait qu'aux juges » qui avaient le droit de glaive, l'*imperium* des Romains [1]. » Cette dernière assertion ne nous paraît pas complétement exacte, en ce sens qu'elle tendrait à faire admettre que si l'Église n'appliquait pas ces diverses peines, c'était à cause d'une sorte d'*incompétence* et non à cause de leur caractère particulier. Ainsi, en ce qui touche la question, l'Église la repoussait par les raisons que nous avons déjà fait connaître. Elle admettait, au contraire, la peine du fouet [2], administrée par un clerc [3], non publiquement, pourvu qu'elle n'entraînât pas une effusion de sang. Ce n'était donc pas la peine qu'elle proscrivait, mais la *publicité* de la peine. La marque du fer chaud fut autorisée par un décret d'Urbain III, et défendue par un autre décret d'Innocent III [4]. Cette peine, en elle-même, n'était donc point incompatible avec l'esprit de l'Église, lorsque, d'ailleurs, elle ne produisait pas une effusion de sang. Donc si l'Église repoussa la marque et la publicité de la flagellation, si elle repoussa le carcan et le pilori, ce ne fut pas à cause d'une sorte d'incompétence. L'Église aurait toujours prohibé l'emploi de ces peines, quand même elle aurait eu partout le droit de glaive; mais elle les défendit parce qu'elle avait le sentiment de la dignité humaine, et qu'elle ne voulait pas admettre des peines outrageant cette dignité dans la personne de celui qui les subissait. — C'est ce même sentiment qui a fait successivement disparaître des lois modernes ces supplices humiliants dont le triste spectacle ne produisait aucun effet moral sur la foule, qui anéantissaient le coupable repentant, et le plus souvent donnaient un piédestal au cynisme éhonté... — Enfin, l'Église n'admettait pas non plus la confiscation, si ce n'est, par exception, contre les hérétiques. Elle préférait frapper les clercs dans leur personne plutôt que dans leurs biens. D'ailleurs, n'ayant pas de *fisc*, comment aurait-elle pu ordonner la *confiscation?* Elle se bornait à prononcer des amendes pécuniaires applicables à de bonnes œuvres [5].

II. Le système pénal de l'Église comprenait d'abord les

[1] *Loc. cit.*, t. I, p. 377-378.
[2] C. *Circumcelliones* 1, c. 23, q. 5. — C. *Cum beatus*, dist. 45.
[3] C. penult., dist. 86.
[4] Durand de Maillane, *Dict. can.*, v° *Marque*.
[5] Durand de Maillane, *Dict. can.*, v° *Confiscation*.

Digitized by Google

peines spirituelles, c'est-à-dire l'*excommunication* [1], que le pouvoir civil sanctionna indirectement en déclarant que les excommuniés pourraient être forcés à s'amender et à déférer aux censures ecclésiastiques par la saisie de leur personne ou de leurs biens [2]; l'*interdit*, mesure générale qui suspendait les offices religieux dans la ville ou la contrée qui en était frappée [3]; enfin, la *suspension*, le *jeûne*, la *prière*, les *aumônes*, les *macérations*, etc. — Ces peines purement spirituelles, qui frappaient le coupable dans sa conscience et ne l'atteignaient jamais qu'indirectement et par exception dans sa personne et ses biens, étaient, pour une époque de foi sincère, éminemment propres à atteindre le but que se proposait l'Église, c'est-à-dire le repentir et l'expiation. — Mais à côté des censures, l'Église avait adopté un système de peines corporelles qui se rapproche si fort des théories modernes, qu'il est impossible de méconnaître en cette matière l'influence salutaire de la doctrine canonique. L'emprisonnement était la base de ce système.

Dans la primitive Église, les évêques, prêtres ou simples diacres qui s'étaient rendus coupables d'un crime capital, d'un faux témoignage, ou qui avaient commis un faux, étaient, après avoir été déposés, enfermés dans un monastère pour le reste de leurs jours [4]. — Cette détention avait pour but la *garde* du coupable plutôt que sa punition [5]; c'était pour lui un moyen de pleurer sa faute et de l'expier... Plus tard, il fut admis qu'on pourrait infliger la prison à titre de peine, qu'on pourrait en ménager la durée en proportion de la gravité du crime, et même la rendre perpétuelle [6]. — Ce ne fut plus dès lors une simple détention dans un monastère (*custodia*) à laquelle il était facile d'échapper par la fuite, mais une véritable *incarcération* dans toute la force du terme [7]. — L'Église prononçait l'emprisonnement solitaire, à temps ou perpétuel, comme un moyen radical qui lui permettait d'atteindre complétement le but de toute

[1] C. *Ad mensam* 24, § *Vel sententia*, c. 10, q. 3. — V. le tit. 39, L. 5, *apud Gregor.*

[2] V. les Établissements de saint Louis, L. 1, ch. 123. — Ordonn. de 1274; — du 24 avril 1299; — du 19 juillet 1363.

[3] C. *Si civitas* 17, L. 5, t. 11, in 6°, et *ibi passim.*

[4] C. *Si episcopus* 7, dist. 50.

[5] C. *Quamvis* 3, L. 5, t. 9, in 6°.

[6] C. *Quamvis* 3, L. 5, t. 9, in 6°.

[7] C. *Ut famæ tuæ* 35, L. 5, t. 39, *apud Gregor.*

Digitized by Google

législation pénale, qui est de prévenir le crime par la terreur et la certitude de la peine, de le réprimer suffisamment quand il a été commis, de donner à la société une garantie sérieuse contre les attentats d'un criminel incorrigible, et enfin de fournir à ce dernier le moyen d'expier son crime et de se corriger.

Il semble que ce système de répression eût dû faire une vive impression sur les hommes chargés de gouverner les États, de faire les lois ou de les appliquer. Il n'en fut rien cependant; non-seulement le pouvoir civil ne voulut pas adopter un système si bien conçu, mais il fit encore tous ses efforts pour le faire disparaître ou pour empêcher l'Église d'en faire l'application.

Les juges d'Église, en effet, prononçaient l'emprisonnement perpétuel et solitaire pour les crimes les plus graves, c'est-à-dire pour ceux qui auraient été punis de mort ou tout au moins d'une peine incompatible avec la prison, s'ils avaient été poursuivis devant les juges séculiers. — Aussi lorsque les parlements et les légistes eurent inventé, pour augmenter leur influence aux dépens de l'Église, les cas privilégiés ou royaux, il s'ensuivit, par une conséquence toute naturelle, qu'ils attirèrent à eux la connaissance de tous les crimes que la juridiction ecclésiastique punissait de la prison perpétuelle, de sorte que les juges d'Église furent mis dans l'impossibilité de continuer l'application de leur système pénal. Il leur fut défendu non-seulement de prononcer la prison perpétuelle, mais même de se servir du terme de *prison*, dont l'emploi fut considéré comme une sorte d'usurpation sur l'autorité royale pouvant donner ouverture à un appel comme d'abus. — L'ordonnance du 15 décembre 1698 permit seulement aux officiaux d'infliger une *retraite temporaire* dans un séminaire ou monastère, et uniquement dans des cas graves, sans doute, mais ne réclamant pas une instruction dans les formes ordinaires de la procédure criminelle. Pour les autres crimes atroces qui pouvaient être constatés devant les juges d'Église, il avait été admis depuis longtemps que le coupable devait être livré au bras séculier.

Ainsi donc, pendant que la législation civile ne contenait encore aucun corps de lois pénales, car on ne saurait donner ce nom aux rares ordonnances qui punissaient d'une peine déterminée certains délits déjà prévus; pendant que *le simple usage*, ou, ce qui était encore plus déplorable, *l'arbitraire* des juges

Digitized by Google

réglaient la peine qui devait être appliquée à chaque crime, nous voyons l'Église armée d'un système de répression assez fort pour mettre la société à l'abri des attentats du crime, assez modéré pour ne blesser jamais les lois de l'humanité, et permettant toujours à l'accusé de rentrer en lui-même pour effacer ses fautes [1].

Maintenant que nous connaissons les tendances de la doctrine canonique en matière pénale, nous ne pouvons nous dispenser de reconnaître que les théories appliquées par le législateur moderne sont le résultat immédiat de l'action exercée sur les idées par le droit pontifical. Qu'est-il resté, en effet, de l'ancienne législation séculière? Les preuves négatives et le combat judiciaire ont disparu depuis longtemps, grâces à l'exemple des tribunaux ecclésiastiques, la question sous toutes ses formes a été abolie, les peines qui blessaient la dignité humaine ne souillent plus nos Codes, la confiscation *ne pourra jamais être rétablie en France*, les moyens de prévenir et de réprimer les crimes ne sont plus abandonnés à l'arbitraire du juge, mais réglementés par la loi, et cet immense progrès est tout entier dû à l'Église, qui depuis des siècles l'avait réalisé dans ses institutions. Enfin la base du système pénitentiaire moderne est encore l'emprisonnement avec ses diverses formes, et quand la peine de mort n'existera plus, il n'y aura pas de différence sensible entre le système actuel et le système de répression adopté par l'Église; les moyens d'application pourront être différents, mais les principes seront les mêmes.

III. Nous savons qu'il n'y avait rien de strict ni de rigoureux dans le droit pontifical. L'Église s'était toujours attachée à proportionner autant que possible la gravité de la peine à la gravité du délit, et considérait pour apprécier la gravité du délit plutôt la criminalité de l'intention que l'acte en lui-même et le préjudice causé. Ce point de vue particulier inconnu aux

[1] Il est certain que jamais législation pénale ne fut plus douce que celle de l'Église. Les excès de l'inquisition ne prouvent rien; l'inquisition était un tribunal *civil*, ou si l'on veut *mixte*, chargé de *constater* (je ne dis pas *punir*) certains crimes prévus par la loi *civile*. C'est là un point qui a été clairement démontré par le comte de Maistre dans ses *Lettres sur l'inquisition espagnole*. Je ne nie pas les excès de l'inquisition, mais je dis que la responsabilité du sang versé en conséquence des décisions des inquisiteurs doit retomber tout entière sur la royauté, au profit de laquelle fonctionnaient les tribunaux du saint-office.

Digitized by Google

anciennes législations, amena l'Église à formuler des principes empreints au plus haut degré de cet esprit de justice et d'humanité qui la caractérise, principes qui journellement appliqués avec discernement dans les cours de chrétienté, et plus tard dans les officialités, ont exercé une influence notable sur les idées des criminalistes et des législateurs.

Ainsi, par exemple, Alexandre III ordonna aux juges de prendre en considération, non-seulement la qualité et la gravité du délit (*qualitas et quantitas*), mais encore l'âge, le degré d'instruction, le sexe et la condition du délinquant; d'avoir encore égard à l'époque du crime et au lieu où il avait été commis, car le même fait, d'après ce pape légiste, ne devait pas être toujours indistinctement réprimé avec la même rigueur chez tous ceux qui s'en rendaient coupables [1]. Ces principes ont passé dans notre législation; la loi moderne prescrit aux juges de s'informer de la condition et du degré d'instruction de l'accusé, elle veut qu'ils tiennent compte de toutes les circonstances qui peuvent atténuer son crime. Par application de ces principes, l'Église déclarait jusqu'à un certain point excusable l'homme que la faim ou le dénuement avait poussé à commettre un vol d'aliments [2].—De là au système des circonstances atténuantes il n'y a qu'un pas; ce système est contenu tout entier dans la décrétale d'Alexandre III que nous venons de citer; le travail intellectuel de l'humanité favorisé par l'Église, l'en a fait jaillir tel que le législateur moderne l'a organisé. L'Église déclarait pareillement excusable l'homme sobre d'habitude, qui dans un état accidentel d'ivresse, avait commis un crime [3]. Mais d'un autre côté en assimilant au sacrilége le vol commis dans une église [4], le droit pontifical montrait que s'il y a des circonstances atténuantes, il en est aussi qui sont aggravantes, et nous ne comprenons pas que Montesquieu ait critiqué cette disposition [5], que la loi moderne a maintenue en faisant de la nature du lieu une circonstance aggravante du vol.

En ce qui touche les attentats contre les personnes, l'Église punissait le complice d'un homicide de la même peine que

[1] C. *Sicut dignum* 6, L. 5, t. 12, *apud Gregor.*
[2] C. *Si quis* 3, L. 5, t. 18, *apud Gregor.*
[3] Durand de Maillane, *Dict. can.*, v° *Ivrognerie.*
[4] C. *Si quis* 7, c. 17, q. 4.
[5] *Esprit des lois*, liv. XXVI, ch. 8.

Digitized by Google

l'assassin lui-même [1] ; elle distinguait entre l'homicide volontaire et l'homicide involontaire ou casuel; et pour apprécier l'homicide involontaire, elle sous-distinguait encore entre le cas où l'homicide avait eu lieu en faisant un acte licite et celui où il avait été commis en faisant un acte illicite [2], enfin elle distinguait encore le cas où même en faisant un acte licite, on n'avait aucune faute à se reprocher, du cas où il n'en était pas ainsi [3], par exemple si on n'avait pas apporté à l'acte toute la diligence nécessaire [4]. Le duel était dans tous les cas assimilé à l'homicide [5]. Enfin l'Église rendait celui qui avait donné ordre d'en frapper un autre responsable de la mutilation ou du meurtre commis par le mandataire qui avait ainsi excédé les limites formelles de son mandat [6]. Il suffit d'indiquer ces distinctions précieuses, que la doctrine et la jurisprudence modernes ont adoptées, pour montrer combien a été grande l'influence canonique.— Enfin dans un grand nombre de cas le droit pontifical adoucit la trop grande sévérité des peines qui frappaient certains crimes graves, tels par exemple, que le rapt, le blasphème, les libelles diffamatoires, et substitua souvent l'emprisonnement à la peine de mort [7].

Maintenant que nous avons essayé de démontrer que le droit pontifical a transformé en quelque sorte la législation pénale tout entière, si nous nous rappelons que son influence n'a pas été moins grande sur la procédure civile et sur l'organisation juridique de la famille, ainsi que nous l'avons prouvé, nous pouvons dire avec le comte de Maistre, « que l'influence du » clergé dans les affaires civiles et politiques fut un grand » bonheur pour l'humanité, remarqué par tous les écrivains » instruits et sincères ; que ceux qui ne rendent pas justice au » droit canonique ne l'ont jamais lu ; que ce code a donné une » forme à nos jugements, et corrigé ou aboli une foule de sub- » tilités du droit romain qui ne nous convenaient plus, si ja- » mais elles furent bonnes [8]. »

THÉOPHILE HUC.

[1] C. *Sicut dignum* 6, L. 5, t. 12, *apud Gregor.*
[2] Cap. *Dilectus filius* 13, L. 5, t. 12, *apud Gregor.*
[3] Cap. *Lator* 9, L. 5, t. 12, *apud Gregor.*
[4] Cap. *Continebatur* 8 ; cap. *Ex litteris* 14, L. 5, t. 12, *apud Gregor.*
[5] Cap. *Henricus* 2, L. 5, t. 14, *apud Gregor.*
[6] Cap. *Is qui* 3, L. 5, t. 3. in 6°.
[7] Rocco, *loc. cit.*, § 36, p. 132.
[8] *Du pape*, p. 279.

Digitized by Google

DES CONDAMNATIONS PRONONCÉES PAR LES TRIBUNAUX ÉTRANGERS

DANS LEUR RAPPORT AVEC L'APPLICATION DES PEINES DE LA RÉCIDIVE EN FRANCE.

Par M. E. Paringault, docteur en droit, procureur impérial à Beauvais.

1. Une polémique sérieuse et qui dure encore s'est élevée sur l'exécution en France des jugements, en matière civile ou commerciale, émanant des tribunaux étrangers. Nous n'avons pas l'intention de revenir ici sur les discussions auxquelles a donné lieu l'interprétation des articles 2123 du Code Napoléon, 546 du Code de procédure civile et 121 de l'ordonnance du 15 janvier 1629. Ces controverses sont presque complétement en dehors de notre sujet, et nous nous en félicitons, puisque nous n'aurons pas à baser sur une doctrine encore litigieuse la solution des difficultés auxquelles donne lieu la matière spéciale que nous examinons. Nous n'avons à nous occuper que des effets des condamnations pénales étrangères exécutées ou non exécutées sur la récidive en France au cas de nouveau crime ou de nouveau délit commis par les condamnés de cette catégorie.

2. Les condamnations pénales des tribunaux étrangers peuvent être prononcées ou contre des étrangers ou contre des Français. Cette distinction dans les sujets des condamnations amène une division toute naturelle de la matière. Nous traiterons donc successivement des conséquences de ces condamnations, quant aux étrangers et quant aux Français en état de récidive.

I. Condamnations prononcées contre des étrangers.

3. En dehors de tout texte positif, il n'y a rien dans l'idée générale qu'on se fait de la récidive qui paraisse devoir en empêcher l'application aux étrangers. La récidive n'est autre chose que l'antécédent officiel de l'agent du délit; comme à ce titre elle implique, de sa part, plus de ténacité dans le mal, elle semble devoir être retenue contre lui indépendamment de toute question de nationalité. Il serait aussi illogique de ne pas faire état des condamnations encourues par un étranger que de lui refuser de faire ce qu'on appelle la preuve *apologétique*, c'est-à-

Digitized by Google

dire d'établir, à l'aide de pièces et de documents émanant de son pays, qu'il est homme d'honneur et de probité. A un second point de vue, la récidive dénote que la première pénalité n'a été pour le prévenu ni instructive ni réformatrice; dès lors, sans que la récidive puisse jamais servir, lors d'un nouveau délit, à compléter une preuve imparfaite, elle est prise en considération par le législateur, au regard des nécessités de l'ordre social, lorsque la conviction est pleine d'ailleurs, pour assurer plus d'intensité à la répression nouvelle et pour la rendre plus exemplaire, au moyen, soit d'une augmentation dans la durée de la peine, soit d'un changement dans sa nature. Sous ce rapport, la pénalité afférente à la récidive est une précaution propre à retenir le coupable par l'expectative d'un mal plus grand que celui qui lui a été, une première fois, imposé. Par son caractère propre, elle rentre dans les lois de sûreté qui obligent tous ceux qui habitent le territoire français (art. 3 du Code Napoléon).

4. L'ancien droit français ne fournit aucune lumière sur le point que nous examinons. Les peines, outre qu'elles étaient très-sévères, étaient presque toujours arbitraires. On comprend dès lors qu'avec une latitude si extrême laissée aux magistrats, il n'y avait pas beaucoup à se préoccuper de la récidive, soit vis-à-vis des étrangers, soit vis-à-vis des nationaux. Aussi le mot ne figure-t-il même pas aux tables, pourtant fort détaillées, des volumineux ouvrages sur le droit criminel de Du Rousseaud de la Combe et de Muyart de Vouglans. Il n'est question, d'une manière positive, de la récidive que dans un texte bien postérieur à l'ordonnance de 1670, puisqu'il s'agit d'une déclaration du 4 mai 1724 (art. 3 et 4); encore, bien qu'on y aggrave nettement la peine du vol simple au cas de récidive, on y conserve toujours une grande latitude au juge qu'on laisse maître de prononcer ou les galères ou la mort, selon les circonstances. Aujourd'hui que le législateur a très-sagement destitué le magistrat d'un si effrayant pouvoir, il y aurait l'anomalie la plus choquante si, dans une même affaire et avec les mêmes antécédents officiels, la loi, qui lie le juge, était appliquée plus sévèrement au Français qu'à l'étranger, parce qu'on retiendrait la récidive légale du premier et qu'on amnistierait le second des conséquences de la condamnation encourue dans son pays. Ce serait donner à l'étranger une prime d'encouragement pour

Digitized by Google

venir délinquer chez nous et renforcer dans nos grandes villes le foyer du mal et de la corruption. Il n'est même pas difficile d'imaginer des cas où l'étranger pourrait faire le mal impunément. En voici un exemple. Le Français, primitivement condamné aux travaux forcés à perpétuité, qui commet un second crime emportant la même peine, est condamné à la peine de mort (art. 56, alinéa 7 du Code pénal). C'est, à coup sûr, de toutes les récidives celle qui doit exercer la plus effrayante intimidation. Cette mesure, qui ne blesse pas la justice, est d'ailleurs nécessaire pour l'ordre pénal, car autrement l'évadé des bagnes serait autorisé à commettre en franchise tout crime qui n'emporterait dans l'échelle des peines qu'une expiation inférieure au dernier supplice. Si l'on ne fait pas état des condamnations étrangères, l'étranger, condamné dans son pays aux travaux forcés à perpétuité, a conséquemment intérêt, s'il s'évade, à venir en France où il pourra, tout à son aise, commettre des meurtres, pratiquer des vols de grands chemins et à main armée, en ne risquant, comme pis aller, qu'une condamnation à perpétuité qui se confondra nécessairement avec celle qu'il a encourue dans son pays. Et c'est à une époque où les relations internationales d'affaires et de voyages sont si multipliées, à une époque où les voies de fer offrent de si soudaines facultés de locomotion, qu'on se trouverait ainsi désarmé vis-à-vis de beaucoup de crimes graves commis par des étrangers ! Si la loi renfermait de telles lacunes, il faudrait les combler. La distinction qu'on voudrait établir répugne, au surplus, aux saines idées en matière de justice répressive, et elle se heurte contre la raison de la conscience.

5. L'expérience de l'histoire et des traditions des autres peuples est là pour nous démontrer qu'à aucune époque la loi ne s'est plus relâchée à l'égard des étrangers que des nationaux. Il a même fallu du temps pour que la loi pénale fît passer les premiers sous le même niveau que les citoyens. Avec des civilisations moins avancées, on a vu des législateurs, mettant sur la même ligne l'étranger et l'esclave, réserver pour ces deux classes d'hommes les supplices les plus rigoureux. De Pastoret, *Lois pénales*, tome II, 3e partie, art. 2, p. 189, examinant la question de savoir si les étrangers doivent être soumis à des formalités, ou punis de peines plus sévères que les Français, la résout par la négative et termine son argumentation par une pensée qui vaut la

Digitized by Google

peine d'être ici reproduite. Il s'exprime ainsi : « Exagérer une faute parce qu'un étranger l'a commise, accroître son châtiment pour l'inexécution d'une loi qu'il est plus excusable de n'avoir pas connue, lui faire acheter, à chaque instant, par des humiliations, l'hospitalité qu'on lui donne, tout cela ne peut être dans les principes d'un gouvernement ami de la liberté et de la justice. » Ce système humain et consacré par les mœurs, est celui de la loi française qui n'édicte aucune aggravation de peine spécialement applicable aux étrangers. Il n'y a dans tout le Code pénal qu'une disposition qui s'applique exclusivement aux étrangers, et encore s'agit-il seulement des étrangers vagabonds. L'article 272 du Code pénal énonce qu'ils peuvent être conduits hors de l'empire ; c'est là, d'ailleurs, une disposition de police et non pas une peine proprement dite.

6. Passons maintenant de la théorie aux textes de la législation positive en matière de récidive. La récidive que reconnaît la loi française est de diverses sortes ; elle peut être : 1° de crime à crime (art. 56 du Code pénal) ; 2° de crime à délit (art. 57, *ibidem*) ; 3° de délit à délit (art. 58, *ibidem*), mais, au contraire, il n'y a jamais de récidive de délit à crime, quelque géminées qu'aient pu être les condamnations correctionnelles antérieurement prononcées. — L'expression du législateur pour les trois récidives qu'il reconnaît est aussi large que possible. *Quiconque ayant été condamné à une peine afflictive ou infamante*, dit l'article 56 du Code pénal pour la récidive de crime à crime. La même expression se retrouve littéralement pour la récidive de crime à délit dans l'article 57. Enfin, l'article 58, spécial pour la récidive de délit à délit, emploie l'expression non moins générale *les coupables condamnés correctionnellement.*

7. Malgré la généralité des termes de la loi, les auteurs qui se sont occupés de la question (ils sont, du reste, en petit nombre), se prononcent contre l'extension de la récidive aux condamnations étrangères (*sic*, MM. Morin, *Répertoire du droit criminel*, v° *Récidive*, n° 17 ; Chauveau et Hélie, *Théorie du Code pénal*, tome Ier, page 430 ; Ortolan, *Éléments de droit pénal*, n° 1200 ; Dommenget, à l'occasion d'un bulletin bibliographique inséré dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, tome Ier, pag. 701 et suiv.). Ils paraissent considérer leur doctrine comme hors de toute discussion, car ils sont à cet égard fort sobres de développements. M. Ortolan, qui par-

Digitized by Google

tage le sentiment commun, a seul moins de foi dans son immutabilité; il émet, en effet, la pensée que « cette règle pourra s'adoucir ou s'effacer à mesure que la loi de similitude nivellera de plus en plus les institutions et les coutumes entre les peuples. » La jurisprudence ne fournit qu'un arrêt sur la matière (Cassation, 27 novembre 1828); il est aussi dans le sens de la doctrine contraire à la nôtre. On fait à notre système deux objections dont la réfutation ne nous paraît pas impossible.

8. *Première objection.* — Les règles du droit public s'opposent à ce qu'un jugement rendu par un tribunal étranger soit exécutoire en France, parce que les limites du territoire sont les limites de la souveraineté.

Le principe posé est exact. Aucun emprisonnement ne peut avoir lieu en France par suite d'une condamnation étrangère. Les réquisitions d'arrestation adressées aux agents de la force publique sont formulées au nom du souverain régnant, et celles qui seraient faites au nom d'un souverain étranger seraient radicalement nulles. D'ailleurs, l'exécution d'une peine corporelle entraîne des dépenses, et il serait inique de mettre à la charge des nationaux les frais qu'occasionne l'incarcération de ceux qui ont troublé la paix publique à l'étranger. On disait autrefois du condamné qu'il était *au pain du roi;* or, ce pain ne peut pas être une manne universelle à l'usage, à l'occasion des délinquants des deux mondes. Ces exécutions de condamnations exotiques porteraient, en outre, atteinte aux priviléges de franchise et de protection que les étrangers doivent trouver en France, et qui, restreints dans des proportions que commande la prudence, constituent des traditions d'humanité qu'il convient de maintenir. Ce que nous disons des peines corporelles nous l'étendons sans difficulté aux amendes et aux autres prestations pécuniaires. Outre les considérations d'un ordre plus élevé que nous avons présentées pour les condamnations corporelles, il y a encore un intérêt spécial pour les prestations pécuniaires à ce qu'on ne laisse pas sortir au profit d'un gouvernement étranger des capitaux qui ont été apportés en France pour y être consommés, ou pour y être versés dans des spéculations. Les traditions du droit public s'opposent enfin à ce que, dans aucun cas, un souverain étranger puisse faire en France des levées de fonds et des perceptions de deniers, telles que celles auxquelles donne lieu le payement des amendes et des frais des procès

Digitized by Google

(*Voir*, pour analogie, Richer, *Traité de la mort civile*, partie 2e, livre Ier, chap. II, section 8).

Quelque exact que soit le principe, il nous paraît, toutefois, être détourné de ses conséquences naturelles lorsqu'on cherche à l'appliquer aux effets de la récidive. D'abord, l'exécution préalable de la peine n'est pas, le moins du monde, une condition essentielle de la récidive. Au cas de grâce accordée aussitôt le jugement, au cas de prescription de la peine, il n'y a eu aucune exécution du premier châtiment, et cependant, de l'avis de tous, la récidive sera appliquée sans difficulté s'il y a un crime, ou un délit postérieurement commis. Oui, au cas de condamnation antérieure prononcée à l'étranger aucune exécution n'est possible en France, la souveraineté et d'autres raisons y résistent; mais cela ne fait nullement obstacle à ce qu'on prenne en considération, à titre de renseignement, lorsqu'il s'agit de la récidive, l'autorité morale de chose jugée résultant d'un jugement étranger. La souveraineté n'est aucunement intéressée à venir se heurter contre une vérité légale, et à nier contre l'évidence qu'un tel a volé ou homicidé en dehors de nos frontières. Elle ne peut faire que ce qui a été ailleurs soit mis à néant chez nous, quand nous fixons les précautions que, dans les conditions de précédents du condamné, il convient de prendre contre lui pour qu'il ne soit pas un hôte dangereux sur notre sol.

Dira-t-on qu'il n'y aura peut-être pas réciprocité de nation à nation, et que d'autres peuples peuvent dire dans leurs lois criminelles qu'ils ne tiendront pas compte, pour la récidive, des condamnations émanant de nos tribunaux? Sans doute, les nations voisines peuvent adopter en matière de récidive d'autres principes que les nôtres, mais que nous importe, et en quoi la souveraineté française s'y trouve-t-elle intéressée? La récidive, sans contredit, peut varier là où le système pénitentiaire est mieux établi, là où les mœurs sont plus douces, là où les crimes sont moins fréquents. Nous souhaitons et nous espérons même qu'il pourra en être ainsi chez nous plus tard; mais en attendant, les pénalités édictées en cette matière sont en rapport avec nos besoins sociaux; dès lors nous devons généraliser cette application sans distinction des personnes. Parler de la souveraineté, c'est placer la question trop haut; pour notre part, nous y voyons tout simplement une affaire de police et

Digitized by Google

de sûreté, et nous voulons qu'on appelle voleur et assassin celui qui, ailleurs, a commis des soustractions frauduleuses, ou des homicides volontaires avec préméditation ou guet-apens. Les condamnés de cette catégorie nous paraissent, en cas de réitération, devoir attirer sur leurs têtes les mêmes sévérités de la loi, d'où qu'émanent les condamnations qui les ont originairement frappés.

La souveraineté dont on parle et dont les exigences doivent disparaître au fur et à mesure que les peuples tendent à se considérer comme frères, et que les gouvernements s'allient par des traités, s'incline d'ailleurs, dans certains cas, de par la loi française elle-même, devant les jugements étrangers. C'est ainsi que dans l'espèce que prévoit l'article 7 du Code d'instruction criminelle, on respecte l'acquittement d'un Français poursuivi et jugé en pays étranger. On reconnaît donc ici force exécutoire à la décision étrangère, et l'on fait ainsi justice, avec raison, de la doctrine surannée qui pousse jusqu'à des conséquences inacceptables de prétendues règles sur la souveraineté qui n'ont jamais été écrites, et qui ne se basaient que sur une défiance de peuple à peuple, étendue jusqu'à ses limites les plus extrêmes.

9. *Deuxième objection.* — Il y aurait inégalité de position, et par suite injustice, à traiter comme récidiviste celui que la loi étrangère a frappé d'une peine plus sévère que celle qui aurait été encourue en France à raison de ce premier fait.

Cette objection est sérieuse à première vue. Le fait qui a motivé la condamnation à l'étranger peut, en effet, ou n'être pas puni du tout par la loi française, ou n'être puni que d'une peine inférieure à celle infligée par la loi étrangère. Dans ce cas, se basera-t-on irrésistiblement et sans contrôle sur la première condamnation pour prononcer la peine de la récidive? Si notre système nous menait jusque-là, nous le disons en toute sincérité, il serait ultra-sévère, et il nous paraîtrait devoir être abandonné, malgré la généralité des termes des articles applicables à la récidive. Mais les principes admis par le législateur en matière de récidive ne nous semblent pas conduire à cette conséquence rigoureuse. Il nous reste à le démontrer.

Le dernier alinéa de l'article 56 du Code pénal, qui, consacrant un principe général pour les militaires de l'armée de terre

Digitized by Google

ou de mer, eût été mieux placé à la fin du chapitre 4 du livre 1er, contient une disposition ainsi conçue : « L'individu condamné par un tribunal militaire ou maritime ne sera, en cas de crime ou délit postérieur, passible des peines de la récidive qu'autant que la première condamnation aurait été prononcée pour des crimes ou délits punissables d'après les lois pénales ordinaires. » Ce principe se base sur les différences de pénalité qui existent entre les militaires et les autres citoyens. Ces différences sont énormes, et bien qu'on s'occupe avec raison d'adoucir cette partie de la législation, les nécessités de la discipline et du repos public commanderont toujours soit des incriminations plus étendues, soit des aggravations pour certains délits militaires. Nous avons un exemple bien saillant de ces aggravations de répression au cas de maraudage. D'après le Code pénal ordinaire, le vol de récoltes non détachées du sol, quand l'enlèvement se fait de jour, sans sacs, paniers et voitures, ou pluralité de personnes, n'est puni, même en cas de récidive, que d'une peine de simple police (art. 475, n° 15 du Code pénal). S'agit-il, au contraire, d'un militaire, la maraude, avec persistance ou récidive, est punie de cinq ans de fers (art. 1 et 4, titre 6, loi du 21 brumaire an V). Le législateur a voulu, on le voit, protéger très-énergiquement la propriété des habitants contre les agressions des militaires. La sévérité de la répression n'aurait pu, toutefois, être retenue sans injustice, à la survenance d'un nouveau crime ou délit, comme élément de récidive, et l'on comprend que dans ce cas et dans d'autres il ait été dit qu'il n'en serait pas fait état.

Le tempérament auquel les principes, dans le silence de la loi, auraient conduit à l'égard des militaires, sera étendu tout naturellement aux étrangers; or cette extension ne laisse pas subsister l'objection qui nous est faite.

Nous allons passer en revue les diverses hypothèses qui peuvent se présenter et démontrer par là que notre système sur la récidive s'adapte, sans difficulté et avec équité, à tous les jugements antérieurs, soit que la peine du code étranger soit égale, soit qu'elle soit moindre, soit qu'elle soit plus forte, soit enfin qu'elle punisse des faits non réprimés par la loi française.

10. *Première hypothèse.* — La pénalité de la loi étrangère est la même que la pénalité de la loi française. — Le cas ne

Digitized by Google

donne lieu à aucune difficulté. L'étranger est traité comme le serait un Français se trouvant dans le même pays.

11. *Deuxième hypothèse.* — La pénalité étrangère est moindre que la pénalité française. — Un fait puni chez nous de la reclusion ne donne lieu qu'à l'application de l'emprisonnement dans la patrie du récidiviste. Dans ce cas, nous respectons la diminution dont l'étranger a bénéficié dans sa patrie, et nous ne substituons pas même fictivement, pour l'application de la récidive, cinq ans de reclusion, par exemple, à cinq ans d'emprisonnement. Le premier jugement, restant tel qu'il est, motivera seulement la récidive de délit à délit applicable à quiconque a été condamné correctionnellement à un emprisonnement de plus d'une année (art. 58 du Code pénal); mais il fera obstacle à l'application de la récidive de crime à crime, puisque le fait, dans l'espèce, quoique passible en France d'une peine afflictive et infamante, n'a fait encourir, en réalité, à son auteur, qu'un emprisonnement simplement correctionnel.

12. *Troisième hypothèse.* — La pénalité étrangère est plus forte que la pénalité française. — Pour prendre l'espèce inverse à celle qui vient d'être examinée, nous supposons qu'un fait puni en France de l'emprisonnement est puni à l'étranger de la reclusion. Dans ce cas, les tribunaux substitueront fictivement, pour l'application de la récidive, en ce qui concerne la première condamnation, la pénalité de la loi française à celle de la loi étrangère. C'est seulement quand cette substitution aura été faite qu'on examinera s'il y a récidive, c'est-à-dire si le fait est puni en France d'un emprisonnement égal au *minimum* de durée nécessaire pour constituer l'état de récidive au moins correctionnelle (art. 58 du Code pénal). Le même mode de supputation s'appliquera à la récidive de crime à crime; ainsi, et pour ne donner qu'un exemple, si le fait puni des travaux forcés à perpétuité à l'étranger n'est passible en France que des travaux forcés à temps, la première condamnation ne pourra servir de base à l'aggravation de l'article 56, alinéa 7 du Code pénal, au cas de perpétration d'un nouveau fait entraînant en France les travaux forcés à perpétuité.

13. *Quatrième hypothèse.* — Le fait puni à l'étranger, soit d'une peine correctionnelle, soit d'une peine afflictive ou infamante, n'est pas puni du tout par la loi française. — Notre solution est naturellement la conséquence de celle qui a été don-

Digitized by Google

née pour l'hypothèse qui précède. Nous décidons donc qu'il ne saurait être alors tenu compte de la récidive contre celui qui est inculpé d'un nouveau fait, sa condition ne pouvant jamais être pire que celle du Français. En pareille hypothèse, il n'y a pas eu, d'ailleurs, épreuve faite de l'inefficacité de notre loi pénale, puisqu'elle ne sévit pas contre le fait qui a motivé la condamnation étrangère.

14. Sans porter atteinte à la règle de complète égalité entre l'étranger et le Français, que nous avons exposée comme le vrai point de départ de notre doctrine, nous dirons que les tribunaux français n'auront pas à se préoccuper du plus ou du moins de sévérité existant, quant à l'application de la récidive, entre la loi française et la loi étrangère. La sévérité plus grande de la loi étrangère ne saurait, sans aucun doute, rendre jamais pire la condition de l'étranger; mais, à l'inverse, le moins de sévérité de sa loi personnelle sur ce point ne saurait lui être escompté. Nous supposons qu'à la différence de la loi française la récidive, dans le pays de l'étranger, ne s'applique que pour des crimes ou délits analogues, ou qu'il soit tenu compte pour son intensité du temps écoulé entre les deux crimes ou délits. Dans son pays, l'étranger aurait bénéficié de ces modalités, mais il ne saurait les invoquer en France. La raison en est que la territorialité est de l'essence de nos lois criminelles. C'est donc toujours dans les limites de la loi française que nous appliquons la récidive, parce que c'est en France qu'a eu lieu le second méfait, et que l'effet de la coercition éventuelle et de l'intimidation préventive serait souvent rendu illusoire, si l'on créait arbitrairement au profit de l'étranger une atténuation que la loi ne concède pas au Français.

15. Notre système, auquel on ne refusera pas, nous le croyons, un caractère de grande simplicité, n'exige aucunement la connaissance des autres législations, puisqu'il suffit de les ramener toutes, en ce qui concerne l'examen de la récidive, au prototype de notre Code pénal. Comme les extraits venant de l'étranger indiquent toujours et la qualification du crime ou du délit et la peine dont il a été fait application, il ne saurait y avoir aucune incertitude et aucun embarras pour le magistrat français. Enfin, s'il y avait quelque doute sur l'authenticité ou la régularité de l'extrait étranger, ce doute devrait s'interpréter en faveur de l'étranger. Nous subordonnons toujours, en effet,

Digitized by Google

l'applicabilité de la récidive à la production d'actes judiciaires établissant légalement et à suffire la première condamnation.

II. Condamnations prononcées contre des Français.

16. La doctrine que nous avons exposée nous paraît devoir être appliquée, avec les distinctions ci-dessus établies, au cas où la décision qu'on invoque pour la récidive a été prononcée contre un Français par un tribunal étranger. Nous écartons à cet égard encore toute idée de souveraineté; elle ne pourrait que nous égarer en fait de récidive, et comme les appréhensions que donne un récidiviste sont les mêmes lorsqu'il a précédemment commis un crime ou un délit à l'étranger que lorsqu'il a volé, brûlé ou assassiné en France, nous tenons toujours compte vis-à-vis de lui de la récidive au cas de nouveau méfait soumis à l'appréciation des tribunaux français. La sécurité sociale nous commande, dans ce cas, de ne pas oublier trop facilement ce qui s'est passé à l'étranger, et la souveraineté ne nous paraît nullement blessée si on laisse aux faits leur caractère et si l'on n'amnistie pas, dans leurs rapports avec la récidive, un vol, un incendie et un assassinat, parce que le Français a eu la précaution de passer la frontière avant de se laisser aller à ses instincts criminels. Son retour ultérieur sur le sol français n'est nullement une garantie, à nos yeux, de l'innocence de son passé et une sorte de présomption légale de son complet amendement; la loi se trouverait donc en partie désarmée vis-à-vis de lui si elle ne le tenait pas, pour l'avenir, sous l'imminence de la récidive.

17. Une objection autre que celles auxquelles nous croyons avoir répondu à propos des étrangers peut toutefois être faite lorsqu'il s'agit d'un Français. Quelques-uns des docteurs qui admettent que les tribunaux français n'ont pas à réviser au civil ce qui a été jugé à l'étranger entre étrangers n'étendent pas la même décision au cas où le jugement étranger a été rendu contre un Français. Ils basent leur distinction sur l'article 121 de l'ordonnance du 15 janvier 1629. Or cette différence ne doit-elle pas, alors même qu'on admettrait la récidive à l'égard de l'étranger, faire obstacle à ce qu'il y ait une décision analogue lorsqu'il s'agit d'un Français? Nous n'avons pas l'intention d'examiner, sous forme de parenthèse, la question de droit civil, qui à elle seule pourrait donner lieu à de longs dévelop-

Digitized by Google

pements, mais sans nous prononcer sur la distinction créée par les docteurs dont nous rappelons l'opinion, nous dirons que les raisons qu'ils invoquent sont sans application en matière criminelle. D'abord, l'article 121 de l'ordonnance ne parle que des jugements civils. En outre, pourquoi ces auteurs établissent-ils une différence de situation entre le Français et l'étranger civilement condamné? C'est, disent-ils, parce que des antipathies nationales ont pu exercer une influence sur le jugement civil étranger quand il y avait en cause un Français et un étranger. Cette considération n'est pas précisément obligeante pour la magistrature étrangère, mais quelle que puisse être sa portée au cas de procès civil, il est bien évident que des antipathies et des préférences ne peuvent pas se produire lorsqu'un Français est défendeur en matière criminelle. Le juge, honnête homme, n'a alors d'antipathie que pour le crime. Donc cette objection ne peut pas être sérieusement retenue, et pourvu que la condition faite au coupable à l'étranger n'ait pas été pire que celle qui lui était assurée en France d'après la loi française, il n'a, en aucune façon, à se plaindre de l'effet qu'on veut conserver au jugement rendu à l'étranger.

18. Aux termes de l'article 7 du Code d'instruction criminelle, le jugement criminel étranger a, en France, au profit du délinquant français absous, l'autorité de la chose jugée. Le jugement doit, par réciprocité, avoir le même effet contre le délinquant français condamné, sinon au regard de l'exécution des peines corporelles et pécuniaires, du moins quant à ses autres conséquences, et notamment quant à la consécration de la présomption légale de vérité qui s'attache à une décision passée en force de chose jugée. Les articles 56, 57 et 58 du Code pénal ne consacrent nullement sur ce point un principe qui heurte celui posé dans l'article 7 du Code d'instruction criminelle. L'article 121 de l'ordonnance du 15 janvier 1629, en le supposant encore en vigueur, a trait à un ordre d'idées tout à fait différent et résiste par son texte même à l'extension qu'on voudrait en faire aux matières criminelles. — Ces objections écartées, il reste, contre notre thèse, l'opinion des docteurs; mais dans le domaine du droit, qui est tout de libre examen, l'obéissance n'est jamais due sans contrôle à l'autorité doctrinale. Dans ces circonstances, notre conviction, qui demeure entière, nous convie à rester fidèle au système que nous avons déve-

Digitized by Google

loppé. Il éloigne comme injurieuse toute idée de défiance préconçue contre les étrangers ; il garantit uniformément la paix publique, et il remédie à de choquantes inégalités entre les nationaux et les étrangers dans l'application des règles tracées par nos lois pénales en matière de récidive. EUG. PARINGAULT.

CONCOURS D'AGRÉGATION POUR LES FACULTÉS DE DROIT.

OUVERTURE DES SÉANCES PUBLIQUES, LE 6 DÉCEMBRE 1858.

Discours de M. l'inspecteur général F. LAFERRIÈRE, membre de l'Institut, président du jury de concours.

MESSIEURS LES MEMBRES DU JURY, MESSIEURS LES CANDIDATS.

En ouvrant ce nouveau concours pour l'agrégation des Facultés de droit, nous devons nous féliciter de l'empressement des suppléants provisoires et des docteurs à répondre, en grand nombre, à l'appel de M. le ministre de l'instruction publique et des cultes.

Cet appel, il est vrai, était bien de nature à éveiller l'attention, à exciter la généreuse ardeur des esprits; il résultait de ces belles paroles contenues dans la circulaire du 7 mai 1858 à MM. les recteurs :

« Il vous appartient (disait Son Excellence à ces magistrats » de l'enseignement) de faire comprendre autour de vous l'ap- » pel fait à la jeunesse studieuse par le règlement sur l'agréga- » tion des Facultés; vous saurez exciter le zèle et l'*émulation* » des suppléants provisoires et des jeunes docteurs, en leur » montrant comme un des plus nobles objets de leur ambition » *l'honneur de servir d'auxiliaires aux maîtres de la science et* » *l'espérance légitime de leur succéder un jour*..... Je ne doute » pas que le concours du 1er décembre ne réunisse l'élite de nos » jeunes légistes et n'assure à nos Facultés de droit des agrégés » d'un véritable talent. »

En voyant autour de la chaire des épreuves publiques cette double couronne de vingt-huit candidats, où se mêlent aux noms honorablement connus dans nos concours de jeunes ta-

Digitized by Google

lents déjà signalés dans les concours du doctorat, nous acceptons avec confiance le plus favorable augure.

M. le ministre l'a dit, avec cette autorité qui éclaire et fortifie les règlements : Vous avez devant vous, messieurs, comme but suprême de vos efforts, *l'espérance légitime* de succéder aux maîtres de la science; et pour prévenir la crainte qu'une disposition exceptionnelle, établie en prévision de cas extraordinaires, pût devenir abusive et inquiéter les vocations futures, M. le ministre veut bien ajouter, dans la même circulaire, que « le titre d'agrégé peut seul désormais ouvrir la carrière du professorat. » — D'un autre côté, M. le garde des sceaux avait daigné déclarer en 1857, par lettre officielle au président du jury, « *qu'il serait toujours heureux d'ouvrir la carrière de la* » *magistrature aux jeunes lauréats du concours*, toutes les fois » qu'il pourrait, en appréciant leur aptitude, ne pas méconnaître les droits acquis. » La Chancellerie a reçu dès lors avec bienveillance la liste des *agrégés*, et même la seconde liste des *recommandés* formée aussi par le jury de concours, et communiquée sous les auspices du ministère de l'instruction publique [1].

Voilà donc, messieurs les candidats, l'institution fondée au double point de vue de l'enseignement du droit, de l'entrée dans la magistrature; et le concours d'agrégation, ainsi organisé, tiendra toutes ses promesses aux jeunes hommes de talent et de sévère moralité qui seront venus vaincre dans notre paisible enceinte, ou s'éprouver avec honneur.

Les maîtres de la science, auxquels vous devez un jour succéder dans les chaires de droit, ne peuvent pas tous s'asseoir sur les siéges du jury, mais ils sont ici dignement représentés. Il semble même que M. le ministre, par le choix de vos juges, ait voulu vous donner ce motif de haute émulation si bien exprimé par le vers d'Horace :

Altius ibunt qui ad summa nituntur;

et quand je me vois appelé à présider un jury composé d'hommes si éminents dans la science et la magistrature, je sens le besoin, pour m'affermir dans cette élévation et me la pardon-

[1] Lettre de M. le garde des sceaux (Abatucci) au président du jury, du 17 janvier 1857, en réponse à la communication des listes (secrétariat général). — Lettre de M. le garde des sceaux de Royer, du 29 décembre 1858, confirmative de la première.

Digitized by Google

ner à moi-même, de dire et de proclamer que la mission n'est pas donnée à l'homme, mais à l'inspection générale, pour l'honorer et la grandir aux yeux des Facultés de droit.

Messieurs les candidats, vous êtes de fervents adeptes de la science, et vous êtes aussi, dans ce concours central, les représentants des diverses Facultés de l'Empire. Il n'est pas, dès lors, inopportun de résumer devant vous, en l'honneur du droit et comme objet d'émulation, les efforts et les travaux qui se sont accomplis dans le professorat par les publications faites depuis l'époque du dernier concours, dans le seul espace de deux années. Chacune des Facultés dont vous avez suivi les leçons a payé son tribut, par des publications remarquables, à la science juridique; et chacune d'elles, par conséquent, impose à ceux d'entre vous qui lui seront agrégés le beau devoir de soutenir sa réputation par des travaux dignes d'elle.

Depuis douze ans, vous le savez, dans la Faculté de Caen, un monument au Droit civil français s'élève dans de vastes proportions, qui révèlent à la fois la grandeur du plan et la beauté d'exécution, la supériorité du professeur et la maturité du jurisconsulte. Par les premiers livres sur l'état des personnes, sur la distinction des biens, les droits d'usufruit et les servitudes réelles, il surpasse de beaucoup l'ouvrage de Toullier, qui honore à juste titre l'école de Rennes; et dernièrement il s'est enrichi du commentaire sur les successions, sur ce titre capital qui a jeté dans la société moderne, à de grandes profondeurs, les bases de notre société civile et politique, en subordonnant les droits de la famille à l'égalité chrétienne et aux justes inspirations de l'affection paternelle. Le jurisconsulte-professeur aime à éclairer ce vaste sujet, dans ses rapports avec l'esprit des lois romaines, avec le bon sens de notre droit coutumier, ami de la saisine et de la transmission héréditaire, mais trop favorable aux priviléges, et avec l'esprit vraiment libéral de la Révolution française restant la Révolution de 89 : son traité, depuis 1857, ouvre largement ces titres majeurs du Code Napoléon où nos législateurs ont déposé la meilleure partie de l'héritage des siècles, et où l'auteur contemporain, M. Demolombe, rencontrera les ouvrages les plus imposants de nos jurisconsultes anciens et modernes, mais sans devoir en être intimidé : par l'excellence de sa méthode, il s'appropriera tous les progrès de la science, il leur donnera une nouvelle im-

Digitized by Google

pulsion; et par ses méditations, par ses vues personnelles, il conservera toujours à son œuvre le caractère d'une puissante originalité.

A l'autre extrémité de l'Empire, dans cette Faculté de Strasbourg que Napoléon Ier avait fondée pour servir de lien entre l'Allemagne et la France, deux savants professeurs (MM. Aubry et Rau), fidèles à la pensée créatrice, après avoir emprunté à l'Allemagne la vigoureuse conception de Zachariæ sur notre Code civil, l'ont transformée en leur propre substance, afin d'y répandre plus librement les clartés de l'esprit français; et dans les deux derniers volumes de 1857 et 1858, ils ont concentré avec une lumineuse précision tous les principes, toutes les lois, toutes les doctrines sur le patrimoine de l'homme et de la famille, tous les genres de dispositions à titre gratuit et les garanties multiples de la réserve, si féconde en difficultés d'application : œuvre considérable de théorie et de jurisprudence usuelle, où les actions judiciaires, les preuves, l'autorité de la chose jugée, la prescription ramenée à sa nature primitive d'exception destinée à repousser les actions, prennent à la fin du livre le caractère de *Droit civil pratique*; œuvre où la science a deux patries, comme le citoyen des municipes à Rome, sans cesser d'être elle-même, où l'on peut faire avec fruit l'étude comparée des méthodes, et qui montre, avec une vraie supériorité, la langue du droit s'appropriant la sévérité de l'abstraction philosophique, la brièveté de la formule, sans perdre son caractère de clarté continue et de facile application.

Les Facultés de Grenoble, de Dijon, d'Aix, de Toulouse, celle de Poitiers surtout, se sont distinguées, dans ces derniers temps, par des productions diverses, qui ont pour but principal les progrès du Droit administratif, de cette branche de l'enseignement qui, entée la dernière sur l'arbre de la science, a besoin d'actives influences et de rayons vivifiants. MM. les professeurs Mallein, Serrigny, Cabantous, par des considérations élevées et judicieuses sur la méthode, par des dissertations spéciales et approfondies, ou par des travaux de forme trop modestement élémentaire; M. Chauveau, par son recueil périodique de droit administratif, très-utile et très-varié dans ses résumés et ses aperçus; M. le doyen Foucart, par les améliorations récentes apportées à la quatrième édition de ses *Éléments de droit public et administratif* qui, depuis leur première

Digitized by Google

apparition, ont rendu tant de services à ceux qui étudient et à ceux qui enseignent : tous contribuent par leurs publications à mettre la science nouvelle au niveau des besoins progressifs de l'administration et de la société. A Toulouse même, un jeune professeur dont le nom est bien cher dans cette enceinte, M. Gabriel Demante, a spontanément apporté son concours au droit administratif et civil par de claires et fortes leçons sur l'impôt de l'enregistrement, qui touche par tant de ramifications au droit des contrats et des successions ; et ce cours complémentaire, que j'avais pu encourager, à sa naissance, de l'approbation rectorale, a produit un livre de doctrine et de pratique qui pourra prendre place un jour à côté des travaux de Championnière.

A Rennes, à Grenoble, à Toulouse encore, à Paris, le Droit romain a inspiré, dans ces derniers temps, des productions savantes et variées. M. de Caqueray, dont le souvenir n'est pas effacé de la lutte de nos concours, a réuni dans une vaste *Explication des passages de droit privé contenus dans les œuvres de Cicéron*, les ressources d'une saine érudition à l'exactitude du philologue, à la précision sévère du juriste, et il prémunira dans l'avenir les interprètes de l'orateur philosophe et jurisconsulte contre la possibilité des erreurs de droit. — M. le professeur Burdet, par son *Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal*, qu'il a suivie à travers la jurisprudence diverse des parlements jusqu'au Code Napoléon, a montré le talent du romaniste allié aux qualités du professeur de droit français, à l'expérience de l'avocat; et, de plus, conduit par ses goûts historiques aux antiquités du droit national, il a publié une étude intéressante et pleine de sagacité sur l'influence des institutions féodales relativement à certaines parties du droit civil de l'ancienne France et de sa province du Dauphiné. — Dans le Midi, M. le professeur Massol, en étudiant la théorie difficile et encore problématique de l'*obligation naturelle*, qu'il considère comme intermédiaire entre l'*obligation de conscience* et l'*obligation civile*, a cherché, avec un jugement solide et un savoir incontesté, comment l'obligation naturelle en droit romain pouvait, sur la limite délicate du droit et de la morale, s'unir aux principes de la législation française.— A Paris, M. le professeur Ortolan, qui a contribué activement au progrès de l'enseignement du droit romain par l'application de la méthode historique

Digitized by Google

aux Institutes de Justinien, vient de renouveler ses recherches, d'en affermir les résultats, et de compléter, dans une sixième édition, un livre aimé des étudiants et consulté toujours avec intérêt par ceux qui cultivent l'alliance de l'histoire et du droit. — M. le professeur Machelard a voulu combler une lacune inévitable dans les ouvrages sur les Institutes, en publiant une dissertation neuve, étendue, digne d'un vrai romaniste, sur l'histoire et la théorie des lois caducaires, pour arriver à une théorie complète du *droit d'accroissement*, dont le premier éclaircissement avait suffi à la juste réputation d'un professeur (M. d'Hautuille) enlevé trop jeune à la Faculté d'Aix. — M. Demangeat, suivant l'exemple donné par M. le doyen Pellat dans ses beaux commentaires sur plusieurs titres des Pandectes, commente pour les docteurs le titre *De duobus reis* ou des obligations solidaires en droit romain, développe les textes par une exégèse empruntée à la grande école de Cujas ou de Savigny, et, par d'utiles comparaisons, éclaire en même temps les principes de la solidarité en droit français.

M. Colmet-Daage, dans la septième édition des Leçons de Boitard sur la procédure civile, en a fait pour ainsi dire son propre ouvrage par l'importante addition des titres relatifs aux saisies, à l'ordre, à la contribution, à l'emprisonnement, et par un grand nombre de solutions nouvelles, en respectant toutefois le caractère primitif d'une œuvre qui, après avoir propagé les idées d'un jeune professeur animé de l'amour de la science, justifiera complétement, dans la personne du successeur, le double héritage de la chaire de procédure et du livre ainsi perfectionné.

Enfin, messieurs, la Faculté de droit de Paris, en perdant M. Demante père, ce professeur homme de bien que nous avons tous aimé et respecté, avait de plus à déplorer l'interruption d'un ouvrage sur le Code civil où le jurisconsulte résumait les labeurs d'un long enseignement et les méditations de l'esprit le plus droit, fécondées par les inspirations les plus pures de la conscience; mais l'un de ses anciens élèves ou plutôt de ses *disciples* (car il était digne d'en avoir), déjà connu par la distinction de son enseignement, s'est chargé d'acquitter la dette de la science : le volume qu'il vient de publier sur les donations entre-vifs et testamentaires, et pour l'achèvement duquel il a saisi la plume tombée des mains de l'auteur à l'article 981 du

Digitized by Google

Code, prouve déjà que le legs et la dette seront pieusement acquittés : le livre substantiel de M. Demante s'achèvera, et le nom de M. Colmet de Santerre s'associera, modeste et honoré, au nom du maître qui restera toujours l'une des gloires de la Faculté de Paris.

En présence des nombreuses publications faites dans ces deux dernières années....., et je n'ai pas tout dit, et j'ai passé sous silence, à regret, plusieurs productions, notamment le Rapport sur le duel, où notre ancien et honorable collègue du jury de concours, M. Valette, par l'exactitude scrupuleuse des définitions, l'extrême propriété du langage, l'appréciation délicate ou profonde de l'effet moral des poursuites, des juridictions et des peines, a ouvert comme jurisconsulte, en matière si difficile, une voie facile au législateur[1]; en présence (dis-je) de toutes ces publications, votre esprit, messieurs, n'est-il pas frappé, comme le mien, de la multiplicité des efforts, de la richesse des résultats de cette activité scientifique et féconde qui rappelle le *fervet opus* du poëte? Pourrait-on dire que la science du droit est en décadence parmi nous? Non, sans doute; et cependant, tous les écrivains jurisconsultes ne sont pas renfermés dans les neuf Facultés de l'Empire. — La magistrature, le barreau, l'Académie de législation de Toulouse ont aussi leurs monuments juridiques, leurs travaux de droit philosophique et historique, de droit civil et criminel, dont il ne m'appartient pas de rappeler ici la gloire ou les mérites variés, bien que je pusse signaler encore la part honorable du professorat dans les mémoires et les rapports de l'Académie de législation, qui a été présidée par notre vénérable doyen, M. Delpech, avec tant d'autorité[2].

[1] Nous aurions besoin de citer encore l'Explication analytique et synthétique *sur les commandites par actions*, par M. le professeur Bravard-Veyrières (1857); — la Dissertation de M. le doyen Delpech sur les fondements naturels du droit de propriété (1858); — une dissertation de M. Labbé, agrégé, sur la manière de calculer la réserve (1858); — un mémoire de M. Trébutien, professeur suppléant de la Faculté de Caen, sur la transmission de la propriété à titre onéreux (1858); — l'explication de la loi du 21 mai 1858 sur la saisie immobilière et l'ordre, par M. le professeur Bressoles; — et plusieurs articles de Revues de droit, qui ont bien aussi leur valeur.

[2] Le Recueil de l'Académie de législation de Toulouse, année 1857, contient des travaux remarquables de MM. les professeurs Bressolles, Dufour, Rodière, Molinier, Demante, Cabantous, Ginoulhiac; — le Recueil de 1858, une Dis-

Digitized by Google

Cette activité de production dans les Facultés de droit n'est pas une activité fiévreuse qui se porte sur diverses branches à la fois et veut effleurer tout à l'aide de trompeuses généralités : c'est la science elle-même qui s'attache à un grand sujet, et qui sans s'effrayer de l'étendue de l'entreprise, mesurée quelquefois à celle de la vie, s'y dévoue avec ardeur, laissant à Dieu le terme des efforts, mais appliquant à son œuvre tout ce que la divine Providence a donné à l'homme de force intellectuelle, et tout ce que le travail, cette providence humaine, a pu ajouter d'érudition, d'expérience, de justesse ou de méthode.

Et quel est, messieurs, dans cette activité scientifique, le caractère dominant, le signe à la fois distinctif et commun? C'est le caractère imprimé au droit par les jurisconsultes romains et par nos jurisconsultes français de l'école coutumière, le caractère de *science d'application*. Seulement, la différence des sociétés et des époques a introduit nécessairement une différence dans les méthodes. Les jurisconsultes romains procédaient pour ainsi dire d'eux-mêmes; ils statuaient sur les choses sociales avec la méthode philosophique la plus rigoureuse. Ils puisaient leurs principes dans l'intimité la plus profonde du droit naturel et rationnel; ils les appliquaient immédiatement aux faits de la société civile. Hors des Institutes, livres élémentaires, le jurisconsulte de Rome expose rarement sa doctrine dans le genre didactique; il répond presque toujours sur le droit, sur les questions ou les espèces proposées; de là une méthode brève et péremptoire, des principes indiqués plutôt que démontrés, des raisons pleines de sens qui contiennent la solution sans la développer; de là aussi cette grande règle qui caractérise la méthode romaine, *scire leges non est verba earum tenere*, *sed vim ac potestatem*. La raison ou la loi donne le principe, la puissance logique produit l'application.

Nos jurisconsultes français de l'école coutumière ont été formés à l'école romaine du XIIIe et du XVIe siècle, mais ils n'ont pu suivre la méthode des jurisconsultes romains : ils se sont trouvés en face d'institutions sociales qui faisaient bien souvent obstacle à l'application logique, et pour assouplir à la pratique le droit féodal et coutumier, ils se sont inspirés d'un esprit

sertation pleine de force sur la nullité des Dons entre concubins, par M. LE DOYEN DELPECH.

Digitized by Google

moins rigoureux en logique, plus large dans l'exposition des idées, des usages, des origines, plus fécond en ressources, en développements favorables à l'adoucissement du droit; ils ont appliqué, comme maxime générale d'interprétation, l'équité. Notre vieux et savant jurisconsulte Charondas a fait, dans ses Pandectes du Droit français, tout un chapitre sur *l'Équité*. Il la définit, dans son naïf et expressif langage, « une bonté *née* ou » plutôt *inspirée* en l'homme, laquelle *réduit* et *accommode*, en » tant qu'il est possible, les choses à cette commune raison de » nature qui entretient *l'égalité* entre les hommes [1]. » — Messieurs, l'abus de ce genre d'interprétation favorable, de la part de ceux qui négligeaient la science, a fait justement réprouver dans le droit une équité apparente et superficielle qu'on a qualifiée de *cérébrine* et d'ennemie de la loi, cette *fausse et séduisante équité* que d'Aguesseau a si vivement combattue dans ses Mercuriales, à l'entrée du XVIIIe siècle [2]; mais l'esprit d'équité, en lui-même, était une haute inspiration qui rapprochait l'âme du jurisconsulte de la vertu la plus élevée et la plus expansive du christianisme, la charité; l'esprit d'équité associait dans le droit l'idée religieuse, l'âme aimante de saint Paul et de Fénelon, à la justice absolue, à l'austérité des Papinien et des Cujas. C'est une pensée profondément chrétienne, exprimée dans les *Institutions divines* de Lactance sous cette belle image « *la piété et l'équité sont les deux veines de la justice*, » qui a conduit le jurisconsulte d'Orléans, le contemporain de d'Aguesseau, à faire la distinction scrupuleuse et continue, dans ses traités de droit français, entre le *for extérieur* et le *for de la conscience*. Or quand cette distinction est devenue une méthode, une habitude de l'esprit et du cœur, le for intérieur, l'équité se répand comme la vraie justice dans les livres, les jugements, les lois; et l'équité, dans le droit, devient identique à la justice elle-même.

Résultat admirable, messieurs, que cette dernière victoire de la civilisation chrétienne, que cette transfusion de l'esprit du christianisme dans le droit; progrès scientifique et social qui nous a donné le Code Napoléon!

Nos jurisconsultes modernes, grâces leur en soient rendues,

[1] Charondas, *Pandectes françaises*, I, ch. 5 (t. I, p. 44).
[2] V. Septième Mercuriale, de l'*esprit* et de la *science* (1704).

Digitized by Google

ont éminemment compris la révolution qui s'est opérée dans la législation civile, qui devait aussi s'accomplir dans la science et la méthode. Ils ne peuvent plus procéder par l'ordre purement logique et par de brèves solutions, comme les jurisconsultes romains; ils n'ont plus à tourner les difficultés, *à se plier à la forme de la pierre*, selon l'expression de Charondas, à vaincre des institutions contraires au droit naturel, à faire la distinction perpétuelle du for extérieur et du for intérieur, comme nos anciens jurisconsultes français. Ils ont à puiser dans le droit romain les principes éternels de la science, que les jurisconsultes de l'école stoïcienne ont tirés, selon le précepte de Cicéron, *de l'intime philosophie;* ils ont à expliquer les textes, à rechercher et à suivre leur filiation historique, à interpréter, à développer les principes du droit français avec cet esprit de lumière, de tradition, de morale et de justice, qui a préparé leur avénement dans le Code du XIXe siècle. Aussi l'alliance de l'histoire, de la philosophie, de l'interprétation logique et cependant équitable, s'est faite naturellement dans la méthode des jurisconsultes contemporains; et si je n'avais auprès de moi le commentateur le plus récent *du titre des successions*, je citerais comme modèle de méthode, d'exposition et de discussion juridique le premier volume de ce traité, où se trouvent rapprochés et comparés les trois systèmes de jurisprudence romaine, coutumière et moderne, sur la transmission héréditaire.

Messieurs les concurrents, c'est à cette méthode simple, large, nourrie de véritable science, ennemie d'une dialectique trop subtile, élevée dans ses vues, mais dirigée par le bon sens de l'application, à cette méthode inaugurée dans notre siècle par Portalis, qui cherche les principes, rend compte des institutions pour en déduire le résultat juridique, pénètre la loi dans ses motifs et sa nature pour en saisir l'esprit et la puissance, *vim ac potestatem*, qui évite les discussions trop littérales ou trop détournées pour s'attacher à la vraie théorie, à la justesse éclairée du sens pratique, qu'il doit nous être permis de vous convier dans ces solennelles épreuves. A une époque où le savoir a toutes les sources ouvertes, où le travail du juriste peut trouver des aliments inépuisables, la méthode perfectionnée, c'est la perfection de la science. Les concours d'agrégation mettent en saillie la diversité des méthodes; ils doivent con-

Digitized by Google

duire à leur perfectionnement; et ainsi cette heureuse et nationale institution des concours, qui prépare des successeurs aux maîtres de la science, peut, en outre, contribuer aux progrès de la science elle-même.

Ce sont les vœux de tous les amis du concours et du digne magistrat qui préside en France aux destinées de l'enseignement; ce sont les vœux des membres du jury qui vont suivre vos exercices avec le plus juste, le plus bienveillant intérêt, et qui seront heureux de reconnaître en vous, messieurs les candidats, ces dons de la science et cette grande méthode qui sont l'honneur de l'école moderne.

CHRONIQUE.

La première séance du concours a eu lieu le 1er décembre 1858. Trente-quatre docteurs s'étaient fait inscrire pour prendre part aux épreuves, mais vingt-neuf seulement ont répondu à l'appel de leur nom.

Le lendemain 2 décembre, les concurrents ont eu à traiter en sept heures la matière suivante :

In quo congruant et differant pignus, antichresis, hypotheca quoad originem et quoad effectus.

Après la composition, vingt-sept concurrents ont fait chacun une leçon publique, préparée en quatre heures sur les sujets suivants :

Premier jour. . . .	1.	Explication des articles		1044, 1045	C. Nap.
—	2.	—	—	922	—
—	3.	—	—	2277	—
Deuxième jour. . . .	4.	—	—	1131, 1134, 1133	—
—	5.	—	—	727	—
—	6.	—	—	1408	—
Troisième jour. . . .	7.	—	—	195, 196, 197	—
—	8.	—	—	900, 1172	—
—	9.	—	—	970	—
Quatrième jour. . . .	10.	—	—	1599	—
—	11.	—	—	1084, 1085	—
—	12.	—	—	1021	—

Digitized by Google

Cinquième jour. . .	13.	Explication des articles		1554	C. Nap.
—	14.	—	—	747	—
—	15.	—	—	1098	—
Sixième jour.	16.	—	—	883	—
—	17.	—	—	1110, 1116	—
—	18.	—	—	1352	—
Septième jour. . . .	19.	—	—	1434, 1435	—
—	20.	—	—	2102, n° 4	—
—	21.	—	—	789, 790	—
Huitième jour. . . .	22.	—	—	1304	—
—	23.	—	—	2103-3°, 2109	—
—	24.	—	—	943 à 946	—
Neuvième jour. . . .	25.	—	—	960, 961	—
—	26.	—	—	201, 202	—
—	27.	—	—	1387 à 1389	—

Le 21 décembre, le jury du concours a statué sur les épreuves préparatoires et admis dix-huit candidats à subir les épreuves définitives; le nouveau règlement du 19 août 1857 sur les concours ne permettait pas d'en admettre un plus grand nombre. Cette nouvelle série d'épreuves a commencé le 23; nous en rendrons compte dans notre prochain numéro.

ACADÉMIE DE LÉGISLATION DE TOULOUSE.

CONCOURS ENTRE LES LAURÉATS UNIVERSITAIRES.

L'Académie de législation de Toulouse rappelle aux licenciés et docteurs en droit, *lauréats universitaires*, qu'un concours *spécial* leur est ouvert, chaque année, devant elle.

I. Les conditions d'admission au concours sont les suivantes : 1° Avoir obtenu, *depuis moins de cinq ans*, un prix de licence ou de doctorat dans l'une des Facultés de droit de l'Empire ou bien des distinctions analogues dans les Universités étrangères;

2° Envoyer à l'Académie de législation un Mémoire non encore publié, écrit en français ou en latin, sur un sujet appartenant à l'une des branches de la science du droit, et pour le choix duquel les concurrents jouissent de toute liberté. Chaque mémoire doit être sans nom d'auteur, mais il doit contenir une épigraphe. Elle sera reproduite sur la suscription d'une enve-

Digitized by Google

loppe cachetée, renfermant la désignation et l'adresse du candidat;

3° Déposer les Mémoires, au plus tard, le 30 avril, en les adressant, *franco*, au *secrétaire perpétuel de l'Académie*, rue Croix-Baragnon, 9, à Toulouse.

II. Le prix de ce concours consiste en une médaille d'or, de la valeur de 200 francs, qui est remise à l'auteur couronné, dans la séance publique de la *fête de Cujas*.

Observation importante.

Le concours des *lauréats universitaires* et le prix qui leur est proposé par l'*Académie de législation*, ne doivent pas être confondus avec le prix fondé par S. Exc. M. le ministre de l'instruction publique, et que l'Académie décerne chaque année, au nom de Son Excellence, à celui *des mémoires* DÉJA COURONNÉS *pour le Doctorat* par les Facultés de l'Empire, qui est reconnu le plus remarquable *sous le rapport de la science du droit et par les qualités du style.*

Outre ces prix de l'Académie et de M. le ministre, *spéciaux aux lauréats*, l'Académie de législation distribue chaque année, soit en son nom, soit pour le Conseil général de la Haute-Garonne, soit pour la ville de Toulouse, *trois médailles d'or*, chacune de la valeur de 300 francs, aux meilleurs Mémoires qui lui sont adressés sur des sujets qu'elle désigne, et dont voici le programme pour les années 1859 et 1860.

Concours ordinaire.

1° Pour l'année 1859, l'Académie a proposé le sujet suivant :

ÉTUDE SUR LA VIE ET LES TRAVAUX DE GROTIUS.

Programme. — « En proposant cette étude sur Grotius, l'Académie, sans » exclure un jugement sommaire sur les travaux de ce grand homme qui » appartiennent au domaine de l'érudition, de la poésie ou de la littérature » sacrée, recommande aux concurrents de s'attacher surtout à l'appréciation » de ceux de ces ouvrages qui ont pour objet le droit public, et en particu- » lier de son traité *De jure belli ac pacis*, dont elle désire qu'ils caractérisent » avec soin la méthode, le style et les vues, et qu'ils mesurent l'influence sur » les progrès du droit international en Europe. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Digitized by Google

2° Pour l'année 1860, l'Académie propose le sujet suivant :

« Rechercher et constater, en s'attachant aux principales » matières du droit civil français, quelle est l'influence qu'ont » exercée la marche et le développement de la jurisprudence » des arrêts, soit sur l'interprétation du Code Napoléon, soit sur » la pratique de la vie civile. »

Programme. — « Bien que le pouvair judiciaire ne puisse statuer par voie » de disposition générale et réglementaire, il est certain que l'ensemble des » décisions judiciaires fournit un élément des plus importants à l'art d'inter- » préter les lois ; d'un autre côté, la jurisprudence réfléchit les instincts et » les nécessités de la vie pratique auxquels elle accommode les lois, en pré- » cisant leur sens et en fécondant leur esprit.

» Or le Code Napoléon ayant reçu, depuis cinquante ans, l'épreuve solen- » nelle d'une application que nos mœurs ont acceptée, l'Académie invite les » jurisconsultes à rechercher l'influence générale que la jurisprudence des » arrêts, surtout de la Cour suprême, a exercée, soit sur l'interprétation de » ce Code, soit sur la pratique de la vie civile. L'Académie ne demande pas » une appréciation détaillée et critique des solutions que les arrêts ont suc- » cessivement données aux questions controversées qu'ils ont eu à décider ; » elle désire qu'acceptant comme faits accomplis les arrêts majeurs qui ont » été rendus sur les principales difficultés qu'ont fait surgir l'organisation de » la famille et celle de la propriété, les candidats en mesurent l'influence plus » ou moins directe, et cherchent à indiquer les causes morales ou sociales » qui ont pu déterminer les fluctuations les plus saillantes de la jurispru- » dence civile. »

Le prix consistera en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Prix fondé par la ville de Toulouse.

1° L'Académie a proposé, pour le concours de 1859, le sujet suivant :

« Étude historique sur le franc-alleu, dans les pays qui composaient le ressort du Parlement de Toulouse. »

Programme. — « L'Académie désire que les candidats recherchent et ex- » posent, avec l'origine du franc alleu, sa portée et son influence sur l'état » des personnes et la condition des terres. Elle désire aussi qu'ils fassent » une appréciation critique des travaux et de la controverse des jurisscon- » sultes français, à partir du XVIe siècle, sur le franc-alleu de la province » de Languedoc. »

2° Pour le concours de 1860, l'Académie propose la question suivante :

« Rechercher l'origine de la société d'acquêts, exposer les

Digitized by Google

» règles qui la régissent et retracer les avantages qu'elle peut » offrir, soit par elle-même, soit en la combinant avec le régime » dotal. »

Les prix consisteront en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Prix fondé par le Conseil général de la Haute-Garonne.

1° L'Académie a proposé le sujet suivant pour le concours de 1859 :

« Étude historique et économique sur la législation française » concernant la matière des subsistances publiques, et sur les » diverses mesures d'administration générale prises à ce sujet, » surtout dans les temps de disette et de cherté extraordi- » naires. »

Programme. — « L'Académie se propose, par la formule qui précède, d'ap- » peler l'attention des concurrents sur les divers monuments de la législation » française, ancienne et moderne, qui ont eu pour objet de régler, dans les » temps ordinaires, le commerce intérieur et extérieur des denrées servant à » la subsistance publique, et notamment celui des céréales. Ils recherche- » ront quels ont été, aux diverses époques, les principes économiques qui » ont dicté les dispositions légales, favorables ou non à la liberté de circula- » tion, d'achats et ventes, d'importations et exportations de ces denrées. Une » étude analogue devra être faite pour les temps de disette et de cherté ex- » cessive : les diverses mesures d'administration générale adoptées autrefois, » pendant la révolution et dans les temps plus rapprochés de nous, telles que » réserves et greniers d'abondance, lois de *maximum*, encouragements au » commerce privé, seront tour à tour examinées, soit dans leurs principes » théoriques, soit dans les resultats qu'elles ont produits. »

2° Pour le concours de 1860, l'Académie propose le sujet suivant :

« Des assurances sur la vie, de leur principe, des avantages » qu'elles offrent, soit sous le rapport du bien-être des familles, » soit sous celui de leur moralité, et des combinaisons qu'on » pourrait y introduire pour leur faire prendre en France l'essor » dont elles sont susceptibles. »

Programme. — « Le système des assurances sur la vie, qui a pris un si » grand développement en Angleterre, est loin d'avoir encore obtenu en » France la même attention et la même faveur. — Cependant des institu- » tions qui reposent sur la puissance de l'accumulation, telles que celles des » caisses d'épargne et des caisses de retraite, y ont conquis une véritable » popularité. Les concurrents, après avoir défini les assurances sur la vie,

Digitized by Google

» délimité leur objet, décrit leurs combinaisons variées et retracé leurs avan-
» tages, devront, en se livrant à un examen des bases qui sont communes
» à toutes ces institutions ou qui sont exclusivement propres à chacune
» d'elles, rechercher les causes de la différence de faveur qui s'y attache, et
» montrer les perfectionnements théoriques ou pratiques qui pourraient la
» faire cesser en leur imprimant une égale impulsion. »

Les prix consisteront en une médaille d'or de la valeur de 300 francs.

Dispositions générales.

I. Les Mémoires devront être déposés, au plus tard, le 30 avril de l'année pour laquelle le concours est ouvert.

(Les adresser *franco* au secrétaire perpétuel de l'Académie, rue Croix-Baragnon, 9, à Toulouse.)

II. Les prix seront distribués dans la séance annuelle de la *fête de Cujas.*

III. Les Mémoires seront écrits en français ou en latin.

IV. Les enveloppes cachetées, contenant les noms des auteurs, ne seront ouvertes que dans le cas où le Mémoire aura obtenu une distinction.

V. L'auteur qui livrerait son Mémoire à la publicité avant la séance solennelle perdrait tout droit au prix qu'il aurait obtenu.

Dans sa séance publique du 5 décembre 1858, l'Académie de Législation a décerné le prix fondé par M. le ministre de l'instruction publique pour le concours entre les lauréats du doctorat, à M. Anouilh, déjà couronné par la Faculté de droit de Toulouse pour sa dissertation sur *l'Institution contractuelle.*

Digitized by Google

EXAMEN DOCTRINAL

De la Jurisprudence en matière criminelle.

Par M. Faustin Hélie.

La prescription court-elle en faveur de l'accusé qui, à raison de son état de démence, ne peut être soumis aux débats, et qui demeure enfermé pendant plus de dix ans à la suite de l'arrêt qui le met en accusation ? La maxime *Contrà non valentem agere non currit præscriptio* peut-elle être invoquée en matière criminelle ?

Cette question, qui a donné lieu à beaucoup de dissertations et qui n'a été résolue qu'à l'aide de distinctions plus ou moins hasardées et de réserves quelquefois un peu arbitraires, vient d'être tranchée dans les termes les plus nets et les plus précis par un arrêt du 8 juillet 1858 (*Bull.*, n° 192). C'est cet arrêt qui va faire le sujet de notre examen.

La chambre d'accusation de la Cour de Bastia avait, par un arrêt du 20 décembre 1836, renvoyé Joseph Campi devant la Cour d'assises, sous l'accusation du crime de meurtre. Au moment d'être mis en jugement, il fut reconnu que l'accusé était en état de démence, et le président rendit une ordonnance portant que l'affaire ne serait pas portée aux présentes assises. Alors, et sur le rapport de trois médecins attestant son insanité d'esprit, il fut remis à l'autorité administrative, qui le fit déposer dans une maison d'aliénés, où il est resté jusqu'à la fin de 1857. Ayant recouvré à cette époque l'usage de ses facultés intellectuelles, il fut remis à la disposition du procureur général et traduit aux assises. A l'ouverture des débats, il a élevé l'exception de la prescription fondée sur ce qu'il s'était écoulé vingt-deux ans depuis le dernier acte de poursuite. La Cour d'assises a écarté cette exception, et le pourvoi formé contre cet arrêt a été également rejeté : « Attendu qu'il résulte de tous les faits relevés par l'arrêt attaqué que les poursuites n'ont jamais été discontinuées ni suspendues ; qu'elles ont été consommées dans la mesure du possible ; que Campi s'est trouvé constamment placé sous le coup de l'arrêt de renvoi et de l'ordonnance de prise de corps ; qu'il a lui-même exécuté, d'une manière personnelle et sans interruption aucune, ces deux décisions de justice ; que c'est en vertu de ces deux décisions qu'il a été détenu dans la maison d'aliénés jusqu'au jour où le retour de

Digitized by Google

la raison de cet homme a rendu possible sa comparution devant la Cour d'assises. »

Ces motifs expliquent le rejet du pourvoi. L'arrêt de renvoi et l'ordonnance de prise de corps n'avaient pas cessé d'être exécutés. L'accusé n'avait été transféré dans un établissement d'aliénés qu'en vertu de ces deux actes. Or comment admettre une prescription contre un arrêt qui s'exécute, qui n'a pas cessé un seul moment de frapper l'accusé, à l'autorité duquel il ne s'est pas soustrait un seul jour? L'accusé ainsi détenu ne se trouve-t-il pas perpétuellement en face d'un acte de poursuite toujours agissant et qui le saisit sans cesse? Si la prescription en matière pénale s'inquiète peu, ainsi qu'on le verra plus loin, de la possibilité d'agir, elle suppose du moins une complète inaction de la partie contre laquelle elle s'accomplit. Or où se trouve l'inaction de la partie poursuivante? N'agit-elle pas, au contraire, lorsqu'elle fait vérifier la maladie mentale de l'accusé, lorsqu'elle requiert qu'il ne soit pas soumis aux débats, lorsqu'elle ordonne sa translation temporaire dans une maison d'aliénés pour y recevoir des soins, lorsqu'elle veille au moment où il pourra se défendre et être jugé? Toutes ces mesures ne tendent-elles pas à maintenir les effets de l'acte de poursuite, à lui conserver sa force?

On prétendait qu'au moment de la translation de l'accusé dans la maison d'aliénés, la cause de la détention n'étant plus la même, le titre en vertu duquel elle était opérée s'était, par une sorte de novation, transformé, et que, par suite, l'exécution de l'arrêt de renvoi avait cessé. La réponse à cette objection est dans les articles 15 et 16 de la loi du 4 vendémiaire an VI, qui autorisent la translation dans les hospices des détenus dont l'état de maladie exige des soins particuliers. Ces dispositions s'appliquent aux détenus des maisons de correction ou de détention, aussi bien qu'à ceux des maisons d'arrêt ou de justice. Or pourrait-on prétendre que les peines que subissent ces détenus sont interrompues par leur translation dans l'hospice, et que le temps qu'ils y passent ne doit pas être compté dans la durée de leur peine? N'est-il pas évident que le mode de la détention n'en change pas la cause, que cette détention, qu'elle ait lieu dans la prison ou, à raison de la santé du prisonnier, dans un hospice, n'est que l'exécution du jugement qui l'autorise, et que la forme de l'exécution, quelle qu'elle

Digitized by Google

soit, ne fait pas obstacle à ce que l'exécution continue? Mais la même raison ne s'applique-t-elle pas à la détention préalable? Si l'arrêt de condamnation continue de suivre le condamné à l'hospice, comment l'arrêt de mise en accusation n'y suivrait-il pas l'accusé? Si la détention à l'hospice devient, quand les circonstances la rendent nécessaire, un mode d'exécution de la peine, comment ne serait-elle pas, dans les mêmes circonstances, un mode d'exécution des actes d'instruction? Si, dans une hypothèse, les décisions de l'autorité judiciaire n'y perdent pas leur autorité, comment la perdraient-elles dans l'autre?

On invoquait encore un arrêt du 22 avril 1813, rendu au rapport de M. Busschop et sur les conclusions de M. Merlin, qui a déclaré qu'en matière criminelle le cours de la prescription n'est pas suspendu par la démence de l'accusé. Mais en regardant de près l'espèce dans laquelle cet arrêt est intervenu, on voit qu'elle est tout à fait différente de l'espèce actuelle. Heyman et cinq autres individus étaient poursuivis pour vol avec effraction et port d'armes. Heyman fut reconnu, à son premier interrogatoire, en état de démence, et la poursuite cessa contre lui. La procédure fut continuée contre les cinq autres accusés, qui furent condamnés. Plus de dix ans après, Heyman fut repris, mis en accusation et condamné. C'est cet arrêt qui a été cassé, « attendu que le crime dont Heyman est accusé a été commis du 12 au 13 août 1795; que les poursuites faites contre lui et ses complices respectivement jusqu'aux 28 décembre 1795 et 27 mai 1797, n'ont été reprises que le 28 mars 1807; que conséquemment il y a eu cessation de poursuites pendant plus de dix ans, ce qui suffit pour acquérir la prescription aux termes de l'article 637 du Code d'instruction criminelle. » On voit que, dans cette espèce, la poursuite avait cessé, la procédure avait été abandonnée vis-à-vis de Heyman, tandis que, dans l'espèce actuelle, la poursuite n'avait jamais cessé, la procédure s'était toujours maintenue vis-à-vis de Joseph Campi. Le premier, laissé en dehors de l'instruction, avait pu prescrire contre elle; le second, placé au contraire dans les liens d'une instruction dont les actes avaient continuellement pesé sur lui, n'avait jamais cessé de les exécuter.

On opposait enfin, et c'est là la plus puissante objection que l'arrêt ait rencontrée, le caractère particulier de la prescription en matière criminelle. Cette prescription, quand elle s'applique

Digitized by Google

à l'action publique, est principalement fondée sur ce qu'il est plus difficile à l'accusé de trouver les moyens de se justifier lorsque le temps a pu tronquer les souvenirs et laissé dépérir les preuves, et plus difficile au juge de prononcer lorsque la vérité ne lui apparaîtrait que voilée ou altérée, et qu'il courrait le risque, en statuant sur des éléments mutilés par les ans, de n'appuyer son jugement que sur des erreurs. La raison de cette prescription est dans le laps de temps écoulé, quelle que soit la cause de l'inaction. Qu'importe donc que l'agent ait passé ce temps dans les liens d'un mandat de justice ou d'un arrêt, ou que la procédure se soit arrêtée à la seule constatation de la maladie? Dans l'un comme dans l'autre cas, l'effet du temps a dû être le même : les preuves sont affaiblies ou détruites, les témoins n'existent plus ou ne se souviennent plus; la prescription doit donc être acquise.

A cette objection, sur laquelle nous insisterons un peu plus loin, il a été opposé deux réponses. La première est que, quand les preuves ont été recueillies et consignées dans la procédure écrite, que cette procédure est complète et suivie d'un arrêt de mise en accusation, enfin que le ministère public, chargé de l'exécution de cet arrêt, veille à ce que les éléments de l'instruction ne dépérissent pas, il y a lieu de présumer que ces éléments seront conservés; que le même embarras se produit dans le jugement des accusés contumax qui se constituent après plus de dix ans, et que l'article 477 a pourvu aux lacunes que les preuves peuvent révéler. Cette réponse, il faut bien le dire, ne détruit pas tout à fait l'argument, car il ne dépend pas de la vigilance du ministère public de faire vivre les témoins ou de les attacher à leur résidence actuelle; il ne dépend pas de lui de garder les souvenirs intacts et les traces matérielles du crime indélébiles. Ensuite il n'est point dans l'esprit de la loi de substituer à la procédure orale la procédure écrite, que l'article 477 n'a admise qu'exceptionnellement et dans un cas unique où cette exception doit être enfermée. Cependant, si l'arrêt se fût borné à exprimer ce motif, on aurait pu le classer parmi ces arrêts nombreux qui ne sortent pas de l'espèce où ils interviennent, et ne font rayonner au delà aucune doctrine; sa décision, attachée à des faits qui ne se représenteront peut-être jamais dans les mêmes termes, eût été sans péril, et nous n'aurions pas pensé qu'il pût être utile d'en sonder les fondements.

Digitized by Google

Mais la seconde réponse faite par l'arrêt, le motif principal sur lequel il s'appuie, n'est plus une déduction des faits, mais une règle générale qu'il pose. Il déclare, en effet, « que l'impossibilité où se trouve le ministère public d'agir dans de telles circonstances résulte du principe de droit consacré par la doctrine et par la jurisprudence : *contrà non valentem agere non currit præscriptio;* qu'on ne concevrait pas que le ministère public se trouvant, par un fait indépendant de sa volonté, dans l'impossibilité d'agir, on pût se prévaloir de son inaction pour faire prononcer la déchéance de l'action publique dont l'exercice lui est confié. »

C'est cette doctrine que nous voulons examiner ici. Ce n'est pas la première fois qu'elle se produit, ainsi qu'on le verra plus loin, dans les arrêts de la chambre criminelle, mais c'est pour la première fois qu'elle est invoquée dans un cas où l'empêchement d'agir était un empêchement de fait et non de droit, et cette distinction déjà fragile, ainsi qu'on le verra tout à l'heure, n'a jamais trouvé une sanction très-ferme dans la jurisprudence.

En thèse générale, aux termes de l'article 2251 du Code civil, « la prescription court contre toutes les personnes, à moins qu'elles ne soient dans quelque exception établie par la loi. » Cette exception est établie, en matière civile, en faveur des mineurs, des interdits et, dans les cas définis par la loi, des femmes mariées : c'est l'application de la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

La loi criminelle a pris la règle et n'a point admis l'exception. Les articles 637 et 638 du Code d'instruction criminelle déclarent que « l'action publique et l'action civile résultant d'un crime (ou d'un délit) se prescrivent après dix (ou trois) années révolues, à compter du jour où le crime (ou le délit) aura été commis, si dans cet intervalle il n'a été fait aucun acte d'instruction ou de poursuite. » Telle est la règle générale : la loi l'a-t-elle fait suivre, comme en matière civile, de quelques restrictions relatives aux personnes qui ne peuvent agir? Nullement. A-t-elle du moins exprimé à côté du principe, comme l'a fait l'article 2251, la réserve de « quelque exception établie par la loi? » Elle n'en a fait aucune, et par conséquent, comme l'a dit M. Merlin, « dès que l'article 637 n'est modifié par aucune exception, nous sommes forcés de le prendre dans sa plus grande généralité; il ne nous appartient pas de mettre à la généralité

Digitized by Google

de la disposition des limites qu'il n'a pas jugé à propos d'y mettre lui-même [1]. » Les articles 637 et 638 s'appliquent donc à tous les crimes et délits communs, quel que soit leur caractère, à tous les prévenus et accusés, quels que soient leur position et leur état.

Cette différence entre la loi civile et la loi criminelle s'explique facilement. La prescription en matière civile est fondée à la fois sur un fait de possession et sur une présomption de renonciation; elle suppose le défaut ou l'abandon d'un droit. « Elle n'est pas, dit M. Troplong, l'ouvrage de la seule puissance du temps; elle prend sa base dans le fait de l'homme, dans la possession de celui qui acquiert et dans une présomption de renonciation chez celui qui néglige sa propriété [2]. » De là les exceptions admises en faveur des mineurs, des interdits, de ceux qui n'ont pas l'exercice de leurs droits; de là la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio.*

En matière criminelle, la prescription est fondée sur d'autres motifs; elle ne prend point sa base dans le fait de l'homme, elle est l'œuvre du temps. Il importe peu que la personne qui peut exercer l'action y renonce ou soit présumée y renoncer, et il serait dérisoire de soutenir, comme on l'a fait cependant, que le prévenu qui prescrit est en possession de l'impunité. Les exposés des motifs du Code d'instruction criminelle assignent un triple motif à la prescription de l'action publique. Premier motif : « Il est dans la nature des choses que les haines publiques aussi bien que les haines privées s'apaisent, s'atténuent avec le temps, ce grand modérateur des choses humaines. Si le sacrifice des vengeances individuelles est exigé particulièrement pour prévenir les troubles qu'elles apportent à la paix sociale, cette même paix sociale semble demander à son tour que la vindicte publique ne demeure pas irrévocablement armée et agissante; qu'elle se calme et s'arrête dans certains cas et après un cours de temps plus ou moins long, selon les circonstances [3]. » Deuxième motif : « Indépendamment de ces vues morales et politiques, qui ne sont que durant le temps exigé pour la prescription le coupable a été puni par les agitations, les troubles intérieurs de la conscience, les tourments

[1] *Rép.*, v° *Prescription*, sect. 3, § 7, art. 4, n° 5 *bis*.
[2] *De la prescription*, t. I, p. 4.
[3] Rapport de M. Louvet au Corps législatif.

Digitized by Google

d'une vie incertaine et précaire autant qu'il aurait pu l'être par la rigueur de la loi, et que si, après ce temps, il n'est pas entièrement délivré de cet état de tortures et d'angoisses intérieures, il mérite au moins d'être mis à l'abri de toutes poursuites criminelles[1]. » Troisième motif : « Il y a encore une autre raison de ne point agir contre lui, c'est qu'après un long laps de temps il n'est plus aussi facile soit de conserver le corps du délit, soit de se procurer des pièces de conviction, soit de trouver des témoins[2]. »

Il est évident que ces différents motifs ont une source unique, l'action du temps. C'est parce qu'un long temps s'est écoulé depuis la perpétration des faits incriminés que la société, qui inflige les peines, non à titre d'expiation, mais pour conserver l'ordre nécessaire à la vie sociale et pour prévenir le retour des mêmes actes[3], n'a aucun intérêt à punir des désordres dont les années ont effacé le souvenir et les traces. C'est parce qu'un long temps s'est écoulé que l'agent paraît avoir trouvé, dans les angoisses de sa position précaire et les craintes d'une poursuite toujours menaçante, une peine égale à celle que la loi lui eût infligée. C'est enfin parce qu'un long temps s'est écoulé que les preuves se sont affaiblies ou effacées, et que la justice n'a plus les mêmes moyens de reconnaître la vérité. Donc, quel que soit l'aspect sous lequel on envisage la prescription criminelle, c'est le temps, le temps seul qui en est le fondement; c'est le temps qui ôte à la poursuite son utilité, qui atténue la culpabilité de l'agent, qui détruit les justifications de la défense et les charges de l'instruction. Le législateur ne pouvait lui donner aucune autre base; car comment supposer ici que celui qui exerce l'action y a renoncé? Est-ce que le ministère public peut disposer d'une action qui appartient à la société? Est-ce que l'action civile, le plus souvent étroitement enchaînée à la première, peut, lorsque le silence de celle-ci commande son silence, laisser présumer une renonciation volontaire?

Or ce motif unique d'un certain laps de temps écoulé sans poursuites ne s'applique-t-il pas avec la même force à tous les cas, quels qu'ils soient, où l'action publique est demeurée inactive? Qu'importe que cette inaction ait pour cause la négligence

[1], [2] Même rapport.
[3] Introduction à la 2e édition du *Traité de droit pénal* de M. Rossi.

Digitized by Google

ou le manque de renseignements du ministère public, ou qu'elle ait pour cause un fait quelconque qui le mette dans l'impossibilité d'agir? Est-ce que dans l'un et l'autre cas le même laps de temps ne produit pas les mêmes effets? Est-ce qu'il frappe par la reprise des poursuites de la même inutilité au point de vue de l'intérêt social? Est-ce qu'il ne laisse pas l'agent dans une situation également précaire? Est-ce qu'il n'emporte pas le même dépérissement des preuves? Est-ce que la défense ne trouvera pas les mêmes difficultés à établir ses justifications? Est-ce que la justice ne rencontrera pas les mêmes entraves et les mêmes incertitudes?

Telle était aussi la doctrine acceptée par notre ancienne jurisprudence. Les auteurs étaient unanimes. Bornier posait en principe que « la prescription des crimes est si favorable que les procédures intermédiaires faites par l'accusé ou l'accusateur ne peuvent pas l'interrompre, non pas même les informations quoique décrétées, et qu'elle court contre les mineurs [1]. » Muyart de Vouglans répète « que la prescription est tellement favorable qu'elle a lieu contre les mineurs, contre les absents, et qu'elle ne laisse pas de courir au temps de troubles [2]. » Rousseaud de la Combe enseigne « que les raisons qui ont fait adopter la prescription des crimes sont que celui qui a porté si longtemps son crime et l'inquiétude d'être poursuivi est réputé assez puni; que pendant ce long temps les preuves qu'un accusé pouvait avoir de son innocence seraient dépéries; qu'au contraire un accusateur pourrait se servir de ce temps pour pratiquer des preuves [3]. » Enfin, Dunod explique que « l'on a cru que, quoique l'intérêt public demande que les crimes soient punis, il est cependant de l'équité de borner au temps déterminé par la loi romaine (vingt ans) [4] la liberté d'en faire la poursuite: pris égard à la brièveté de la vie de l'homme, au dépérissement des preuves de l'innocence ou de celles qui peuvent atténuer le crime [5]. » Les arrêts des parlements étaient conformes à cette doctrine; ils jugeaient, en effet, que la prescription de l'action criminelle n'était pas suspendue par la minorité de la

[1] Sur l'ordonnance de 1670, tit. 17, art. 17.
[2] *Institutes*, p. 88.
[3] *Traité des mat. crim.*, p. 168.
[4] L. 12, Cod., *Ad leg. Corn., De falsis.*
[5] *Traité des prescriptions*, ch. 9, p. 188.

Digitized by Google

personne lésée par le crime [1]; et lorsque l'article 59 de l'édit de Nantes (avril 1598) a déclaré que « toutes prescriptions tant légales, conventionnelles que coustumières pendant les troubles ou par empêchements légitimes provenus d'eux, seraient estimées comme non faites ou advenues, » un arrêt du parlement de Paris déclare que cette disposition n'était applicable qu'en matières civiles et n'était pas commune aux plaintes pour crimes [2]. Il est donc certain que la maxime *Contrà non valentem agere* n'était point appliquée en matière criminelle dans notre ancienne jurisprudence.

Il en a été de même en général dans notre jurisprudence moderne. On peut citer plusieurs arrêts qui peuvent confirmer cette doctrine.

Ainsi, il a été jugé que le fait qu'une procédure aurait été égarée n'empêche pas le cours de la prescription, bien qu'il en soit résulté que le ministère public se soit trouvé dans l'impossibilité d'agir [3].

Ainsi, il a été encore reconnu que la minorité des parties lésées ne faisait aucun obstacle à ce que la prescription courût en faveur du prévenu : « Attendu que l'article 3 du Code d'instruction criminelle a prévu le cas unique où l'exercice de l'action civile serait suspendu; qu'il n'y a pas lieu d'admettre des suspensions d'une autre nature, prévues par un autre Code, et que le législateur ne devait pas admettre en matière criminelle, puisqu'il était uniquement dirigé, en abrégeant les délais pour l'exercice de l'action, par l'intérêt général et par celui des familles [4].

Cette doctrine admet-elle quelques exceptions? Existe-t-il des cas où l'impossibilité d'agir peut entraîner, même en matière criminelle, une suspension de la prescription? La jurisprudence a essayé d'en formuler quelques-uns. Il faut les examiner.

Une première exception aujourd'hui abrogée était relative au délit de désertion. La Cour de cassation avait déclaré « que la prescription ne peut courir contre ceux qui ne peuvent agir; que le décret du 14 octobre 1811 a défendu de plus rendre à

[1] Arr. parl. de Paris, 27 juillet 1596; — parl. de Grenoble, 8 mai 1607; — parl. de Toulouse, 21 juillet 1709.

[2] Arr. parl. de Paris, du 27 juillet 1610.

[3] Cass. 25 nov. 1808 (*J. P.*, t. VII, p. 223).

[4] Lyon, 17 juin 1842 (Dev., 42, 2, 343).

Digitized by Google

l'avenir aucun jugement par contumace pour le délit de désertion; qu'il n'autorise d'autres diligences que l'envoi du signalement du déserteur au ministère de la guerre, pour qu'il soit recherché et arrêté; diligences qui n'ont aucun caractère juridique; qu'ainsi l'exercice de l'action publique ne peut commencer, à l'égard de ce délit, qu'au moment où le déserteur se représente ou est arrêté; que jusqu'à ce moment la prescription ne court pas à son profit[1]. » Nous avons établi ailleurs[2] que le délit de désertion n'est point un délit successif; que d'abord la loi ne punit qu'un seul fait, l'abandon du drapeau, et que ce fait n'est point de nature à se perpétuer; ensuite que si le décret du 14 octobre 1811 avait supprimé la procédure par contumace, ce n'était point parce que le délit n'était point encore consommé, mais pour ne pas multiplier inutilement les procédures, et parce que l'envoi du signalement du déserteur à la gendarmerie suffirait aux recherches. Mais ce n'est point parce que le délit était successif que la prescription était déclarée suspendue, c'est parce que le décret du 14 octobre 1811 plaçait l'autorité militaire dans l'impossibilité d'agir. C'était donc là une dérogation évidente à l'article 637 du Code d'instruction criminelle, dérogation qui ne s'expliquait que par le caractère spécial du délit et de la procédure qui lui était applicable. Le Code de justice militaire du 4 août 1857 a abrogé par son article 275 le décret du 14 octobre 1811, et a soumis dès lors le délit de désertion aux formes de la procédure contumaciale. Il n'existe donc plus d'empêchement de droit à la poursuite, et dès lors il serait sans objet de discuter une jurisprudence qui n'a plus de motifs pour se continuer. L'article 184 du nouveau Code contient au reste, sur ce point, une disposition spéciale qui est en dehors de toutes les règles juridiques; mais nous n'avons point à l'examiner ici.

Une deuxième exception a pour objet les crimes et délits imputés aux agents du gouvernement. La Cour de cassation a jugé, en thèse générale, que la prescription de l'action publique ne court que du jour de la réception de l'autorisation au parquet de l'officier compétent pour poursuivre l'agent du gouvernement : » Attendu que les prescriptions et les déchéances ne

[1] Cass. 7 février 1840 (*Bull.*, n° 48).
[2] *Traité de l'instr. crim.*, t. III, p. 709.

Digitized by Google

peuvent courir contre ceux qui ne peuvent agir ; que les empêchements de droit sont toujours une excuse suffisante pour le défaut d'action, dans le délai déterminé par la loi qui règle l'exercice de l'action, et que l'article 75 de la loi du 22 frimaire an VIII défend de poursuivre sans autorisation [1]. » Il est certain que le ministère public ne peut faire aucun acte de poursuite personnelle contre l'agent inculpé, avant que l'autorisation n'ait été prononcée et ne lui ait été transmise ; il ne peut donc requérir aucun mandat, aucun interrogatoire ; il ne peut que former la demande et en attendre le résultat ; il ne dépend pas même de lui d'en abréger les délais, et nulle disposition de la loi n'a fixé l'intervalle dans lequel le Conseil d'État est tenu de statuer. Mais l'article 3 du décret du 9 août 1806 déclare que « la disposition de l'article 75 de l'acte constitutionnel de l'an VIII ne fait point obstacle à ce que les magistrats chargés de la poursuite des délits informent et recueillent tous les renseignements relatifs aux délits commis par nos agents dans l'exercice de leurs fonctions. » Ainsi les mesures préventives, celles qui ont pour objet de s'assurer de la personne de l'inculpé ou de lui imprimer la qualité de prévenu, sont suspendues jusqu'à la décision du Conseil d'État ; mais toutes les mesures conservatoires, toutes celles qui ont pour objet de vérifier les charges, de ramasser les témoignages, de constater les indices, demeurent entre les mains de la justice. Or, est-ce que cette constatation des indices, est-ce que cette demande d'autorisation, qui est nécessairement communiquée à l'inculpé, ne doivent pas être assimilées à des actes d'instruction ? Puisque cette demande est le préliminaire obligé de la citation ou du mandat, puisqu'elle a pour objet d'arriver à cette citation ou à ce mandat, ne doit-elle pas avoir pour effet, comme ces actes eux-mêmes, d'interrompre la prescription ? Puisque ces constatations ont pour objet de rechercher les preuves du délit et d'en poursuivre les auteurs, ne doivent-elles pas avoir le même effet ? Ces formes sont extrajudiciaires, il est vrai, en ce sens qu'elles n'ont pas pour but immédiat de saisir les tribunaux ; mais n'est-ce pas là leur but médiat et secondaire ? L'acte qui provoque la poursuite, surtout lorsque la partie est mise en demeure de le débattre et de le défendre, ne se confond-il pas avec la pour-

[1] Cass. 13 avril 1810 (*Bull.*, n° 35).

Digitized by Google

suite elle-même? Cette opinion conduit au même résultat que l'arrêt de la Cour de cassation, mais elle a l'avantage de ne pas apporter dans la matière criminelle une maxime qui doit lui demeurer étrangère, et de résoudre la question avec les règles propres à cette matière.

Une troisième exception a été introduite pour le cas où une double poursuite est intentée contre le même prévenu pour crimes et pour délits non connexes. La Cour de cassation a jugé « qu'il ne peut y avoir cours à la prescription lorsqu'il y a impossibilité d'action; qu'un accusé, renvoyé devant la Cour d'assises pour trois vols qualifiés, ne pouvait être poursuivi pour deux autres vols simples dont il était prévenu, et sur lesquels il y avait eu réserves dans l'ordonnance de la chambre du conseil, qu'après qu'il aurait été définitivement statué par la Cour d'assises sur lesdits vols qualifiés; que l'article 365 du Code d'instruction criminelle prohibant la cumulation des peines, il y avait nécessité d'instruire et de prononcer sur les vols qui emportaient une peine afflictive et infamante avant qu'il pût être instruit et prononcé sur les vols qui n'étaient passibles que d'une peine correctionnelle; que la prescription à l'égard des délits n'a pu commencer à courir que du jour de l'ordonnance d'acquittement[1]. » On peut objecter à cette décision que si l'article 365 défend la cumulation des peines, il ne défend pas celle des poursuites; que si l'application de la plus forte des peines encourues a paru suffire à la répression de plusieurs délits, cette application d'une peine unique ne fait point obstacle à ce que chacun des délits soit poursuivi et jugé! M. Mangin s'est trompé lorsqu'il a soutenu que l'application de la peine la plus forte éteignait l'action publique à l'égard des autres délits[2]. Est-ce que ce fait cesse d'être punissable par cela seul qu'au cas de condamnation la peine prononcée se confondra dans son exécution avec une autre peine? N'est-il pas évident qu'on confond ici l'application de la peine et son exécution[3]? Pourquoi donc l'arrêt par contumace intervenu sur le crime empêcherait-il qu'un jugement par défaut intervînt sur le délit? Pourquoi, et à plus forte raison, la mise en accusation pro-

[1] Cass. 19 janvier 1809 et 28 août 1823 (*J. P.*, t. VII, p. 322, et t. XVIII, p. 154).

[2] *Act. publ.*, t. II, n° 458.

[3] V. *Traité de l'instr. crim.*, t. III, p. 758.

Digitized by Google

noncée sur le crime contre l'accusé présent serait-elle un obstacle à des actes de poursuite exercés à raison du délit? Il est de règle, à la vérité, que le fait le plus grave doit être poursuivi le premier. Cette règle est fondée sur ce qu'il y a un plus grand intérêt pour l'ordre à la répression de ce fait; mais cette marche habituelle de l'instruction, dictée par des motifs de convenance et d'utilité, n'est nullement absolue; elle ne peut entraîner la suspension des dispositions légales; elle ne peut préjudicier aux droits acquis. La prescription est complète si trois ans se sont écoulés depuis le jour de la perpétration du délit ou de l'interruption des poursuites, et l'on ne peut même ici invoquer une impossibilité d'action, puisque nulle disposition de la loi ne prononce dans ce cas une suspension expresse.

Une quatrième exception a été établie à l'égard du délit de dénonciation calomnieuse. La Cour de cassation a décidé « que les dispositions des articles 637 et 638 ne peuvent s'appliquer qu'aux infractions dont la criminalité est, pour ainsi dire, notoire et actuelle, et non à celles dont la criminalité est en quelque sorte éventuelle; que l'intérêt de la société et de la justice commandent, en matière de dénonciation calomnieuse, que la prescription ne commence à courir que du jour où la dénonciation a été reconnue calomnieuse et non du jour où elle a été faite[1]. » M. Mangin, qui approuve cet arrêt, essaye de le justifier en disant « que l'individu dénoncé est hors d'état de poursuivre le dénonciateur tant que l'autorité compétente n'a pas statué sur l'existence des faits[2]. » On eût compris cette doctrine sous l'empire de l'article 10 du Code du 3 brumaire an IV, qui comptait le délai de la prescription « du jour où l'existence du délit a été connue et légalement constatée; » mais comment la comprendre sous un Code qui fait courir le délai « à compter du jour où le délit aurait été commis? » Or le Code d'instruction criminelle, en posant cette dernière règle, ne fait aucune exception en ce qui concerne le délit de dénonciation calomnieuse. On prétend distinguer entre les infractions dont la criminalité est notoire et actuelle, et celles dont la criminalité ne serait qu'éventuelle. Mais sur quel texte se fonde une telle distinction? Est-ce que la dénonciation ne se produit pas avec tous les caractères qui

[1] Cass. 6 août 1825 (*Bull.*, n° 151).
[2] N° 330.

Digitized by Google

peuvent l'incriminer au moment même où elle est faite? Est-ce qu'un fait nouveau vient après coup s'y adjoindre et la compléter? Il faudrait tenir alors que tous les délits qui se produisent avec un caractère douteux ne se prescrivent que du jour où leur criminalité devient manifeste, et par conséquent non plus du jour où ils sont commis, comme le veut la loi, mais du jour où ils sont constatés, comme le voulait la législation abrogée. On insiste en disant que le caractère calomnieux de la dénonciation ne se révèle que par la constatation de la fausseté du fait imputé. C'est confondre le délit et les actes qui ont pour objet d'en vérifier l'existence. Il est clair que la certitude que le fait a le caractère d'un délit ne résulte que de l'instruction et du jugement; mais l'action n'attend pas cette certitude pour naître; elle naît avec le fait qu'elle présume criminel, et laisse à l'instruction la tâche de vérifier si elle est fondée. La difficulté provient de ce que la jurisprudence, pour vérifier la vérité ou la fausseté du fait imputé, croit devoir ordonner le renvoi à l'autorité administrative, si ce fait rentre dans les limites des faits disciplinaires, ou en faire l'objet d'une instruction préliminaire, s'il se présente avec les caractères d'un crime ou d'un délit. Mais cette division des éléments du délit de dénonciation calomnieuse ne peut évidemment exercer aucune influence sur ce point de départ de la prescription, puisque ce point de départ est fixé par la loi au jour de la perpétration du fait, et non point au jour de la vérification des éléments qui le constituent. Qu'importe que cette vérification soit faite par deux autorités ou par une seule? Il peut en résulter plus de lenteur dans l'instruction; il n'en résulte pas que la prescription puisse prendre un autre point de départ que le jour où le délit a été commis. Si l'autorité judiciaire a besoin de quelque vérification pour éclairer sa religion, ce n'est pas une raison pour mettre de côté les règles générales établies en faveur de la défense. Faudrait-il donc donner deux dates à la prescription, suivant que la dénonciation impute un fait disciplinaire ou un fait qualifié délit, suivant que la vérification est faite par l'autorité administrative ou par l'autorité judiciaire? Sa durée a été proportionnée à tous les délais de l'instruction, à toutes les formes de la procédure; après ce laps de temps écoulé, il y a présomption que le délit ne peut plus être utilement jugé.

Ainsi, dans les différentes hypothèses que nous venons de

Digitized by Google

parcourir, la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio* n'a pas d'application nécessaire; elle est contraire aux principes de la procédure criminelle, elle est contraire aux termes précis de la loi. La jurisprudence qui l'a invoquée, quelquefois surabondamment et quand elle n'avait même pas besoin de son autorité, ne s'est pas assez rendu compte de la base différente des deux prescriptions civile et criminelle et des règles diverses qui s'appliquent à l'une et à l'autre.

Il est toutefois un cas, un seul, où la maxime peut être utilement invoquée devant la juridiction criminelle : c'est lorsqu'une question préjudicielle, qui s'élève dans le cours d'une instruction, est renvoyée à l'examen et au jugement de la juridiction civile. Il y aurait lieu peut-être de distinguer, quant au point de départ de la prescription, entre les questions préjudicielles qui s'opposent à l'exercice de l'action, comme les questions d'état, et celles qui ne font qu'en suspendre le cours, comme les questions de propriété immobilière. Il y aurait lieu de distinguer encore entre les questions de cette nature qui s'élèvent en matière de crimes et de délits et celles qui s'élèvent en matière de contraventions, puisque, dans la première hypothèse, le renvoi de la question au juge compétent peut être considéré comme un acte d'instruction qui a pour effet d'interrompre la prescription, tandis que, dans la seconde, le même acte ne produit pas le même effet. Mais, dans tous les cas, cet acte est une cause commune d'interruption : quelle en est la raison? Les arrêts, qui sont nombreux sur ce point, se bornent à déclarer ou que la prescription est suspendue par un cas de force majeure, ou que l'action du ministère public n'a pu être éteinte faute d'exercice, ou que l'article 640 du Code d'instruction criminelle ne déroge point au principe de droit commun et d'équité suivant lequel la prescription ne court pas contre celui qui est empêché d'agir [1].

La véritable raison de la suspension de la prescription pendant le temps nécessaire au jugement de la question préjudicielle, est que l'affaire étant momentanément transportée devant les tribunaux civils, subit, tandis qu'elle est pendante devant

[1] Arr. cass., 30 janvier 1830, *J. P.*, t. XXIII, p. 105; — 1er juillet 1837, *Bull.*, n° 197; — 10 avril 1835, n° 136; — 19 octobre 1842, n° 287; — 27 mai 1843, n° 125; — 26 juin 1845, n° 206; — 14 décembre 1844, n° 402; — 29 août 1846, n° 229; — 7 mai 1851, n° 107, etc.

Digitized by Google

les tribunaux, l'autorité des règles du droit civil, et par conséquent de la maxime *contrà non valentem agere non currit præscriptio.* A la vérité, l'influence de cette règle devrait être circonscrite au procès civil, qui, une fois détaché du procès criminel, forme un tout distinct et soumis à des formes particulières ; elle devrait être limitée aux personnes incapables qui ont intérêt dans cette instance. Mais il était difficile d'en scinder l'application, et de la restreindre à l'une des parties de l'affaire sans l'étendre aux autres. Supposez, en effet, que la partie lésée par le délit ou la contravention soit un mineur, une femme mariée, un individu frappé d'interdiction; faudrait-il admettre que la prescription courra contre ces personnes incapables devant la juridiction criminelle, et qu'elle sera suspendue devant la juridiction civile à laquelle est renvoyée la question préjudicielle? Mais qu'est-ce donc que cette question préjudicielle, sinon l'un des éléments du délit ou de la contravention, un fait de justification ou d'excuse? De sorte que le jugement des différents éléments d'une même infraction serait soumis à des règles contraires, et que la prescription de l'action principale serait accomplie lorsque celle de l'action accessoire demeurerait suspendue. C'est là ce que la jurisprudence n'a pas voulu admettre : elle a pensé que la règle qui conserve pendant la durée de l'instance civile les droits des personnes qui ne peuvent agir, doit nécessairement être étendue à l'action principale, puisque, autrement, elle devient purement illusoire. Ce n'est point là, à proprement parler, une exception aux principes de la procédure criminelle ; c'est simplement l'application, à des faits qui ont un caractère civil, d'une règle du droit civil.

On est donc fondé à maintenir qu'en réalité la règle *contrà non valentem agere non currit præscriptio* n'a aucune application en matière criminelle, non-seulement quand l'empêchement d'agir est de fait, mais même quand il est de droit; car, d'une part, on a vu que si quelques arrêts ont invoqué cette règle dans quelques questions spéciales, c'est à tort ou surabondamment qu'ils en faisaient l'application ; et d'une autre part, dans le seul cas où cette application soit justifiée, c'est-à-dire lorsqu'une question préjudicielle est renvoyée à l'examen du juge civil, elle n'est motivée que par le jugement même de cette question.

La thèse consacrée par l'arrêt du 8 juillet 1858 est donc, en la considérant dans l'application qui en a été faite, nouvelle

Digitized by Google

dans la jurisprudence ; d'abord en ce qu'elle donne à un empêchement de fait un effet que la jurisprudence elle-même n'avait jamais donné qu'aux empêchements de droit, ensuite parce qu'elle crée pour la première fois, dans le cas de démence de l'accusé, une exception à la règle formelle et précise consacrée par notre Code. Il nous a paru que, sous ce double rapport, l'arrêt avait émis une doctrine qu'il importait de relever.

FAUSTIN HÉLIE.

DE LA NÉCESSITÉ DE RÉPRIMER L'IVRESSE.

Par M. DE NEYREMAND, président du tribunal de première instance d'Altkirch.

> L'ordre public doit s'armer plus fortement contre ceux qui le menacent davantage.
>
> BERLIER.

D'après les criminalistes modernes, les causes efficientes des délits sont d'ordinaire la perversité native, l'absence de culture ou d'éducation, les vices et les passions, et enfin l'égoïste indifférence de la société pour les infortunés dont la nature ou le malheur ont fait des parias.

Dans ce triste inventaire des misères humaines, on ne se préoccupe pas assez, ce nous semble, d'un vice particulier qui fait commettre à lui seul autant de délits que tous les autres : nous voulons parler de l'ivrognerie.

Nous savons que certaines contrées, renommées par la sobriété de leurs habitants, sont à l'abri de ce dangereux fléau ; mais il est incontestable qu'il sévit dans les provinces du nord et de l'est, dans tous les grands centres industriels, partout où il y a des agglomérations d'ouvriers, à Paris surtout, c'est-à-dire, en un mot, dans la majeure partie de la France.

Mais c'est surtout en Alsace, province autrefois allemande et qui n'a conservé que sous ce rapport les habitudes devenues proverbiales de la mère patrie [1], que le fléau exerce particulièrement ses ravages, et l'on peut dire d'elle, comme de l'Angleterre, que l'ivrognerie est son mauvais démon.

[1] Depuis Tacite jusqu'à nos jours, le goût excessif de la nation allemande pour le vin a donné lieu à un déluge d'épigrammes et d'anecdotes. — Si la

Digitized by Google

Nous ne voulons parler aujourd'hui que des faits qui sont à notre connaissance personnelle, des plaies dévoilées devant

vérité, comme le prétend un proverbe, est cachée dans le vin, disait le poëte Owen, *Epig.*, les Allemands sont bien sûrs de la trouver :

> Si latet in vino verum, ut proverbia dicunt,
> Invenit verùm Teuto, vel inveniet.

Il faut hurler avec les loups ; avec les Allemands il faut boire (vieux dicton). — Dans son *Voyage en Allemagne*, Montaigne dit : « Et c'est un crime de voir un gobelet vide. » Observation ingénieusement complétée par un autre voyageur, le duc de Rohan : « Je passai à Trente, me réjouissant de sortir de la petite barbarie et *beuvette universelle ;* ne trouvant pas que tous les mathématiciens de notre temps puissent jamais si bien trouver le mouvement perpétuel que les Allemands le font faire à leurs gobelets..... Cette si grande fréquentation de bouteilles obscurcit tellement leurs autres belles qualités, que cela les rend méprisables et inaccostables de tout le monde. Car ils ne peuvent faire bonne chère ny permettre amitié ou fraternité, comme ils disent, à personne, sans y apporter le seau plein de vin pour la scéler à perpétuité. » (*Voyage en l'an* 1600, *en Italie*, *Allemagne*, *Pays-Bas unis*, *Angleterre et Écosse*, p. 27. — Amsterdam, *Elzevier*, 1646.) — De Thou, dans ses mémoires, raconte qu'en quittant Bâle, où il avait reçu une gracieuse hospitalité chez Amerbach, il arriva vers le soir à Mulhouse (*Muhusenam*), qu'il y vit une quantité innombrable d'ivrognes de tout âge et de tout sexe : « Dans les cabarets, dit-il, tout est plein de buveurs ; là de jeunes filles qui les servent leur versent du vin dans des gobelets d'une grande bouteille à long col, sans en répandre une goutte ; elles les pressent de boire avec les plaisanteries les plus agréables, boivent elles-mêmes et reviennent à toute heure faire la même chose..... *Ubi biberunt*, *in proximam aream divergentes mingere et mox ad ministeria redire*..... » (DE VITA SUA, *Comment.*, liv. II, p. 20, édit. de Genève.) — L'amour du vin était si généralement répandu que les papes exigeaient des empereurs le serment de sobriété avant leur couronnement : *Vis sobrietatem* CUM AUXILIO DEI *custodire?* Telle était la formule usitée. — « Comme si ce n'eût pas été assez à la nation allemande, dit l'abbé Grandidier, de se livrer au vin dans l'intérieur de ses foyers, et de sceller même par son moyen les choses publiques, elle sut encore, dans les siècles d'ignorance, allier son inclination bachique à l'esprit de religion. Elle n'eut pas même honte d'accompagner les saints mystères de ses festins et des désordres qui suivent naturellement l'ivresse. Le peuple de Strasbourg et d'une partie du diocèse s'assemblait à la cathédrale le jour de la dédicace de cette église, 29 août, fête de saint Adolphe ; les hommes et les femmes y passaient la nuit, non à chanter les louanges du Seigneur, mais à boire et à manger. Dans ces banquets, on se livrait aux excès les plus criminels ; on ne connaissait plus le respect dû au lieu saint. Le prêtre, comme le laïque, y chantait des chansons dissolues ; on dansait et on sautait dans l'église, avec toutes les postures indécentes dont les bateleurs se servent pour amuser la populace. Le grand autel servait de buffet, où il restait à peine une place pour célébrer le sacrifice, qui ne s'interrompait pas au milieu de ces abominations ; les autels

Digitized by Google

nous, et qui nous font réclamer comme une nécessité urgente le bienfait d'une mesure préventive contre un penchant qui se traduit en effets toujours plus désastreux.

Nous pouvons affirmer, sans crainte d'être démenti, que, dans notre province, l'ivrognerie est la cause habituelle de la majeure partie des délits; chez nous, du cabaret à la Cour d'assises il n'y a qu'un pas. Les assassinats sont fort rares, mais les meurtres fréquents, et les coups et blessures innombrables. Comment concilier, si ce n'est par l'abus du vin qui opère les plus cruelles métamorphoses, la perversité ou la méchanceté que supposent ces méfaits avec la douceur naturelle et la moralité bien connues des habitants? et le cabaret ne nous donne-t-il pas ici le mot de l'énigme? Quel malheur immense pour cette population, si favorisée sous tant de rapports et qui se recommande par tant de qualités, d'être en proie à ce vice dégradant qui les anéantit toutes et qui installe la discorde au sein des ménages! Et ce qu'il y a de particulièrement déplorable, c'est la manière dont le vice agit sur ces robustes organisations! Ces hommes, que la nature a faits doux et paisibles, le vin les rend querelleurs, méchants et même sanguinaires. Ils entrent au cabaret dans les dispositions les plus pacifiques; ils en sortent le couteau à la main, puis *venitur ad manus aut ad ferrum.* Écoutez les témoins en matière de coups et blessures; leur exorde invariable est toujours celui-ci : « Nous sortions du

étaient pareillement chargés de vin; on y forçait à boire jusqu'à réveiller à coups d'aiguillons ceux que la lassitude ou l'ivresse avaient endormis. Ces orgies, autorisées par la superstitieuse simplicité de nos pères, scandalisèrent les vrais fidèles pendant plusieurs siècles. Il a fallu tous les efforts d'une piété éclairée pour anéantir des cérémonies qui trouvèrent toujours quelques défenseurs dans la multitude, ou dans l'avarice de ceux mêmes qui semblaient destinés par état à les condamner..... Enfin, ajoute le même auteur, après avoir bien bu pendant la vie, les Allemands voulaient encore en essayer après la mort. Le vin se répandait aux obsèques avec profusion; on en trouve un exemple à l'occasion d'un fameux poëte allemand du XIVe siècle, nommé *maître Henri Frowenlop,* qui avait chanté les vertus comme les amours des femmes, et les avait vengées des sarcasmes grossiers et amers des autres poëtes. Étant mort à Mayence en 1317, les dames, par reconnaissance, voulurent elles-mêmes le porter au lieu de sa sépulture, y versèrent des larmes, et, pour honorer d'une manière plus particulière la mémoire de leur panégyriste, elles firent répandre sur sa tombe une si grande quantité de vin, que le cloître de l'église cathédrale en fut tout inondé. » (*Anecdotes relatives à une ancienne confrérie de buveurs.*)

Digitized by Google

cabaret, où nous avions beaucoup bu, » etc. Aussi tous ces délits ont-ils toujours lieu les dimanches et jours de fêtes[1]; il est peu d'exemples d'un coup de couteau donné un autre jour. Cela est si vrai qu'un prévenu d'un méfait de ce genre répondit au juge d'instruction qui l'interrogeait : « Je ne puis être coupable du fait ; c'était un mardi. » Moyen de défense sans réplique, suivant lui, et qui caractérise parfaitement les mœurs du pays. Que de fois, en voyant les résultats de ces tristes habitudes, n'avons-nous pas été tenté d'accuser l'indifférence de la société ou l'incurie du législateur! Que de condamnations qui pèsent sur le cœur et qui pourtant étaient inévitables! Voilà devant nous un père de famille, un ouvrier laborieux..... Dans une rixe provoquée par la folle exaltation de l'ivresse, il a frappé, il a fait couler du sang..... Que dira-t-il pour sa défense? Ce qu'ils disent presque tous : « Hélas! j'étais ivre..... Je ne sais comment cela s'est fait..... Je ne me souviens plus de rien..... » *Culpa vini et non bibentis*[2]. Et comme cette excuse est inadmissible, nous sommes bien forcés, à moins de faillir à notre devoir, de frapper, avec une infinité d'autres, cette victime inerte et inintelligente d'un ennemi interne qui maîtrisa sa volonté et sa raison!

Voilà des effets pénibles et déplorables auxquels il est temps de mettre un terme. Il n'est que trop constaté que les punitions sont un remède impuissant. A quoi bon frapper sans cesse les fruits du mal lorsqu'on laisse vivre la cause génératrice, dont la fécondité est toujours la même? Il faut donc aviser aux moyens d'anéantir ou d'affaiblir au moins cette cause intarissable. Mais ces moyens, où les trouver? A quelles mesures faut-il les demander? En existe-t-il qui soient praticables et efficaces? Voilà ce que nous allons rechercher.

I.

En Angleterre et aux États-Unis, où l'esprit d'association

[1] La même remarque a été faite en Angleterre. Dans la seule ville de Glascow, dix mille individus s'enivrent régulièrement tous les samedis soirs, et restent dans cet état le dimanche et le lundi. Si l'on voulait s'occuper d'un pareil dénombrement dans une grande ville industrielle de notre arrondissement (Mulhouse), on arriverait à un chiffre effrayant.

[2] « L'inculpé est doux et paisible tant qu'il n'a pas bu, capable de tous les excès quand il est ivre. » Telle est la phrase, en quelque sorte stéréotypée, qui se trouve dans tous les renseignements demandés aux maires.

Digitized by Google

existe avec une grande chaleur de sentiment, il s'est formé de nombreuses sociétés de tempérance, dans le but d'arracher les basses classes à un vice qui les dégrade et les décime; leurs efforts, surtout dans certaines contrées de l'Amérique, ont obtenu de merveilleux succès. « Le mouvement des sociétés de tempérance, dit M. Ampère, *Prom. en Amérique*, t. Ier, p. 286, a commencé en Amérique, à Boston, en l'année 1826, et cinq ans après en Angleterre. Son progrès a été immense dans les deux pays. Le gouvernement de l'Union s'y est associé en supprimant les distributions d'eau-de-vie aux soldats et en interdisant l'usage des liqueurs fortes aux marins; mais ce qui a agi surtout, comme toujours, c'est le principe volontaire. En 1836, il y avait déjà huit mille sociétés de tempérance dans les États-Unis, comprenant environ 1,500,000 membres. Les femmes, les jeunes gens ont formé des sociétés de tempérance. Enfin, la volonté générale sur ce point s'est manifestée par des actes législatifs. Ainsi, dans les États du Maine, la vente des spiritueux est absolument interdite, sauf, en cas de maladie, sur une ordonnance du médecin ou pour servir dans les arts. Ce qui est bien digne de remarque, c'est que ce soit dans un pays où le grand nombre règne qu'on ait ainsi interdit l'objet de la passion du grand nombre. Du reste, on s'y est parfaitement soumis, et le maire de Portland félicite en ce moment ses concitoyens des bons effets de la loi qui a diminué les crimes et le paupérisme dans la cité. A Bangor, seconde ville du même État, un *watchman* a déposé que depuis que la loi est en vigueur, c'est-à-dire depuis trois mois, les prisons sont presque vides; que la police n'a pas fait une seule arrestation, et cet état de choses forme le contraste le plus parfait avec les scènes qui troublaient sans cesse les rues de la même ville l'hiver dernier... Voilà où en est cette campagne contre l'ivrognerie, entreprise il y a moins de trente ans, et qui a déjà fort entamé l'ennemi, car en 1836 on comptait 12,000 ivrognes notoires qui s'étaient corrigés. »

Voilà, certes, d'admirables résultats, et bien faits pour nous piquer d'émulation. Mais ne nous flattons pas de voir jamais naître en France un si généreux mouvement, secondé par une aussi touchante soumission. Où trouver d'un côté, au milieu de la torpeur générale, cette ardente charité qui crée et multiplie les associations, et, de l'autre, cette docilité chrétienne, néces-

Digitized by Google

saire pour que leurs remontrances puissent arriver aux cœurs et produire d'heureux fruits? N'est-il pas d'ailleurs reçu chez nous et passé en axiome qu'au gouvernement seul appartient l'initiative de toutes les mesures d'amélioration sociale? Opinion sous laquelle se déguise mal un froid individualisme. Qu'attendre d'une époque où la philanthropie n'est plus qu'une vertu de parade, propre tout au plus à orner un discours académique ou à embellir les rêveries des économistes? N'est-on pas frappé chaque jour du spectacle dégradant de l'ivresse et de ses pernicieux effets? La sollicitude privée s'en est-elle émue? Y a-t-il eu la moindre tentative d'association pour y mettre un terme, la moindre déclaration de guerre contre ce redoutable ennemi? Y a-t-on seulement songé? — Ne comptons donc pas sur les miracles de l'effort individuel, et cherchons ailleurs le remède.

II.

Quelques économistes ont conseillé l'élévation des droits sur les boissons, moyen auquel les gouvernements ont tout naturellement donné les mains. On n'a pas tardé à reconnaître son inefficacité. Les exigences du fisc n'ont fait que multiplier les fraudes, au grand détriment de la santé publique. A ces causes est venu se joindre l'appât du fruit défendu. On en a usé moins souvent, il est vrai, mais à plus fortes doses; en sorte que si l'État a gagné, l'ivrognerie n'a rien perdu.

On a essayé enfin de diminuer le nombre des ivrognes en diminuant celui des cabarets. Il faut applaudir aux efforts du gouvernement, qui, en exerçant une surveillance active et sévère sur les cabaretiers, en leur défendant de donner à boire aux mineurs et aux hommes déjà ivres, en les maintenant sous la crainte incessante d'une suppression, est entré dans la voie des améliorations [1]. Mais ces mesures ne sont pas suffisamment

[1] On a remarqué comme une singularité assez curieuse qu'en grec le même mot, *capélos*, signifiait tout à la fois cabaretier, marchand et voleur. — Un auteur prétend que *hoste* vient de *hostis*, parce que l'aubergiste est l'ennemi de ceux qu'il héberge en leur servant du vin frelaté et en les enivrant. (Guillaume Bouchet, *les Sérées*.) — On sait que Platon n'admettait pas les aubergistes dans sa république, et que la législation de presque tous les peuples les traitait avec une extrême rigueur. (*Hist. des cabarets et hôtelleries*, par MM. Francisque Michel et Édouard Fournier, *passim*.) — En France, il leur était défendu de laisser instrumenter chez eux les notaires, les contrats passés au cabaret étant nuls. (*Coutume de Marsal*, art. 30, citée par Monteil,

Digitized by Google

énergiques. Supprimât-on la moitié des cabarets, qu'ils seraient encore assez nombreux pour favoriser l'habitude populaire. Il faut donc un moyen plus radical et plus puissant.

III.

Et en nous exprimant ainsi, nous n'entendons pas assurément proposer qu'on opère comme ce roi des Daces, qui ne trouva rien de mieux pour extirper l'ivrognerie que de faire arracher les vignes. Ce serait procéder à la façon des sauvages.

Le moyen que nous proposons n'est pas sujet à soulever des tempêtes. Ce moyen n'est autre qu'une répression pénale contre les personnes trouvées ivres, avec faculté pour la police d'arrestation immédiate. Nous disons : frappez la cause même du mal, la mère des délits, *mater flagitiorum*, et vous verrez bientôt diminuer sa progéniture! Nous demandons en conséquence une loi qui érige l'ivresse, même accidentelle, en délit, et la punisse d'une peine correctionnelle. Destinée à éviter l'application de pénalités plus fortes et plus multipliées, cette loi, surtout au point de vue de la séquestration préventive, serait en réalité plutôt une loi de police qu'une loi pénale; elle préviendrait beaucoup plus de délits qu'elle n'en punirait.

Comment se fait-il que la nécessité d'une pareille mesure n'ait pas frappé nos législateurs modernes? Et cependant leur attention s'est portée sur les mendiants et les vagabonds, qui ne sont, comme les ivrognes, que des *délinquants éventuels!* Quelles peuvent être les objections qui ont fait grâce à ces derniers, bien plus proches voisins du délit? Nous en cherchons vainement qui offrent quelque apparence de solidité.

Hist. des Français des divers états, épîtres, lettre XLII.) — Un cabaretier, emprisonné pour dettes, ne pouvait faire cession de biens pour recouvrer sa liberté. (*Lettres du roi* du 29 novembre 1487; Monteil, *eod. op.*, hist. XV, *l'Hôtelier.*) — La coutume de Normandie, article 535, et celle de Paris, article 128, leur refusaient même une action contre les gens qui avaient contracté des dettes chez eux. « La raison de cet article, dit Dumoulin (*Notes sur la cout. de Paris*), est que les tavernes et cabarets sont lieux deshonnestes : *Si in aliquem locum inhonestum adesse jusserit, putà in popinam vel in lupanarum*, dit Papinian en la loy 21, § *Si in aliquem*, 11, D., *De recep. arb.* — C'est pourquoi les rois de France ont sévèrement réglé et policé les tavernes, cabarets et hostelleries, par édits des mois de novembre 1577 et de may 1579, et par les articles 360 et suiv. de l'ordonnance de Blois 1579. » — En Alsace, à Strasbourg, on leur imposait une singulière humiliation : ils étaient tenus de nettoyer chaque lundi les latrines (*necessarium*) de l'évêque.

Digitized by Google

IV.

Voudrait-on soutenir qu'il s'agit ici d'une infirmité morale qui appartient bien plus au domaine de la religion ou de la prédication qu'à celui de la législation positive, et qu'il serait injuste de punir des hommes qui n'ont encore fait de mal qu'à eux-mêmes, et dont l'ébriété peut être inoffensive? Autant vaudrait dire : Pourquoi traquer un pauvre animal échappé de sa ménagerie, et qui n'a encore mordu personne? Et les mendiants, les vagabonds, les infractaires de ban! Attendez-vous qu'ils aient fait du mal pour les arrêter et les punir? Non, leur état seul les constitue en délit et avec raison, parce que cet état, quoique passif, n'en est pas moins pour la société une menace constante, un danger imminent. C'est la tendance, la disposition prochaine au délit que vous réprimez. Or, cette tendance n'est-elle pas mille fois plus menaçante chez l'homme ivre, qui a perdu la boussole de sa raison et avec elle la conscience de ses actions[1]? Il y a donc dans la loi une lacune inexplicable.

V.

Si l'on voulait exciper de la difficulté de réglementer par une loi une pareille matière, nous répondrions par l'expérience des siècles. Tous les peuples de l'antiquité avaient établi des pénalités, même fort sévères, contre l'ivresse; et, parmi les nations modernes, la nécessité de la réprimer a été généralement reconnue. Sans nous arrêter aux monuments de la littérature biblique, qui nous font connaître les écarts et les punitions des ivrognes, les terribles anathèmes qui les frappaient[2], nous rappellerons que dans la Grèce et à Rome ils étaient notés d'infa-

[1] Il est encore d'autres faits qui n'ont rien d'immoral en soi et de nécessairement dommageable, et que la loi punit pourtant, et à juste titre, par mesure de sécurité publique : tels sont l'exercice illégal de la médecine, l'infraction aux lois sanitaires.

[2] V. les *Prov.*, chap. 23, vers. 29, 30, 31, 32 et 33; chap. 3, vers. 4 et suiv. — Noé, qui le premier cultiva la vigne, devait aussi le premier abuser de ses produits. (*Genèse*, IX, 20, 21, 22, 23, 24 et 25. — Berruyer, *Hist. du peuple de Dieu*, t. I, p. 74.) On connaît aussi l'histoire de Loth. (*Genèse*, XIX, 31.)

Digitized by Google

mie et exclus des emplois publics. Il existait même une loi de Dracon qui les punissait de mort. (D., De re militari, et L. *Perspiciendum*, De pœnis; — les lexiques de Spiegel et de Calvin, v° *Ebrei*.) *Ebrei*, disent ces derniers, vel ipsis ethnicis *adeò exosi fuere ut censores, tanquam indignos qui honores et publica munera gererent, senatu moverent, notâque et ignominiâ perstringerent. Et Pittacus temulentos, si quid deliquissent, duplici pœnâ puniri curavit, ut, formidine supplicii, à vino promptius abstinerent.* — Ce système, d'une double pénalité, était conforme à l'opinion des philosophes et des écrivains. (Arist. 2, *Polit*, 10; Quintil., *Orat. inst.* lib. VII, cap. 1; Laert., *De vitâ philos.* 5.) — Dans les premiers âges de Rome, l'usage du vin était surtout sévèrement interdit aux femmes, comme conduisant tout droit à l'adultère. Ignatus Metellus, rapporte Valère Maxime, lib. II, cap. 1, ayant surpris sa femme buvant du vin et l'ayant tuée, fut absous par Romulus. — Les parents d'une Romaine l'ayant surprise forçant la serrure d'un coffre où se trouvait du vin, l'enfermèrent et la firent mourir de faim. — D'après le conseil de Caton [1], les Romains avaient introduit l'usage d'embrasser les femmes quand elles entraient dans une maison, pour s'assurer par leur haleine qu'elles n'avaient pas pris de vin, usage qui ne subsista que dans les temps de la République. (Pline, lib. XIV, cap. 15; Plutarque, œuvres meslées, *Demandes des choses romaines*, trad. d'Amyot, et in-fol. de 1603, t. II, p. 468).

Si nous descendons chez les peuples modernes, nous voyons presque partout l'ivrognerie flétrie et punie. On connaît les prohibitions de la loi musulmane, qui considère le vin comme une liqueur infernale; elles remontent « au livre sacré, source de toute science. » Mahomet ayant appris que dans plusieurs

[1] L'austère censeur n'était pas aussi sévère pour lui-même; il sacrifiait assez volontiers au dieu du vin, si l'on en croit ces vers d'Horace :

Narratur et prisci Catonis
Sæpé mero caluisse virtus.

La vertu du vieux Caton,
Chez les Romains tant prônée,
Était souvent, nous dit-on,
De Falerne enluminée.

J.-B. Rousseau.

Digitized by Google

banquets les convives ivres en étaient venus aux mains et qu'il y avait eu mort d'hommes, inséra dans le Koran, chap. 5, *De la table*, les versets suivants (92 et 93) : « O croyants, le vin, les jeux de hasard, les statues sont une abomination inventée par Satan; abstenez-vous-en, et vous serez heureux. — Satan désire exciter la haine et l'inimitié entre vous par le vin et le jeu, et vous éloigner du souvenir de Dieu et de la prière. Ne vous en abstiendrez-vous donc pas[1] ? »

A Candahar, en Perse, l'ivresse est regardée comme une chose si immonde, que l'ivrogne est placé à rebours sur un âne, et promené ainsi par toute la ville, au son d'un petit tambour. — En Allemagne même, l'ivrognerie était punie d'une amende. C'était là, à coup sûr, une des sources les plus abondantes du trésor public : *Justæ imprimis sunt pœnæ et mulctæ, quibus ærarium legitimè augitur, quæ constituuntur*, 1°, 2°, 3°, *in ebriosos et illos qui eis vinum ac cerevisiam vendunt.* (Knipschild, *De jur. et privil. civ. imp.*, p. 400. — *Adde* Besold, D., num. 4; Klock, *De ærario*, lib. II, cap. 19; Vehner, *Obs. pract.*, L. Z., p. 542). Ce dernier auteur cite les constitutions et statuts répressifs de l'ivrognerie.

Dans certaines parties de la Suisse, les ivrognes étaient punis de la prison; il leur était en outre interdit de boire du vin pendant une année; ils ne recouvraient cette faculté qu'avec l'assentiment de leurs concitoyens : *In Helvetiæ partibus, ebrius peccans non punitur modo carcere, sed et vinum bibere per annum prohibitur, neque* licentiam rebibendi *vinum nanciscitur, nisi ea ab omni Helvetiorum communione illi concedatur.* (Vehner, *loc. cit.*) Nous ne pourrions affirmer que cette loi ingénieuse soit toujours en vigueur; mais ce qu'il y a de certain, c'est qu'il existe encore dans ce pays des pénalités contre le vice dont il s'agit. Dans les cantons d'Uri et d'Unterwald, tous ceux qui pressent quelqu'un à boire et à s'enivrer sont punis d'une amende de 25 florins; cette peine est doublée pour les aubergistes. Il leur est de plus sévèrement défendu de donner à boire à crédit, ainsi qu'aux personnes mal famées. Tout citoyen qui s'enivre un jour de *Laudsgemeine* (assemblée populaire) est puni de 10 florins d'amende. (*Rev. étrang. de législ.*, t. II, p. 89.)

[1] *Trad. nouv.*, par M. Kasimirski, p. 94.

Digitized by Google

Si toute loi pénale, comme le dit Portalis, naît d'un abus, on ne s'étonnera pas que l'Alsace ait eu des lois répressives de l'ivrognerie. Le statut de Strasbourg punissait d'une amende assez forte les excès bachiques commis dans les réunions publiques. (*Polizei-ordnung der stadt Strasburg*, de 1628, tit. VII, p. 35.) — L'article 12 du règlement de police d'Ensisheim, de 1590, condamnait les hommes et femmes ivres à trois jours de prison, au pain et à l'eau ; la seconde fois à huit jours ; la troisième, à une peine plus forte. (MERCKLEN, *hist. d'Ensisheim*, t. II, p. 149.) — Dans quelques villes, et notamment à Strasbourg, on coupait les cheveux des femmes trouvées ivres. (*Courrier du Bas-Rhin* du 10 juillet 1858.)

Nous avons déjà parlé de l'Angleterre. Là, tout homme trouvé ivre est arrêté et conduit, quelle que soit la classe à laquelle il appartienne [1], devant le juge de police, qui le condamne à une amende ou l'envoie en prison. Un journal anglais du mois de juin 1836 rend ainsi compte d'une séance du tribunal de simple police, à Londres, qui nous donne un curieux exemple de justice expéditive : « On commença par les personnes arrêtées pendant la nuit. — N... était si soûl qu'il ne pouvait se remuer. — En convient-il? — Oui. — Qu'il paye 5 schellings d'amende. — N... était soûl? En convient-il? — Non. — Son habit n'était-il pas crotté par derrière? — Oui. — Qu'il paye 5 schellings d'amende. — Monsieur a cassé un carreau dans mon omnibus. — Quand avez-vous vu le carreau entier pour la dernière fois? — Je ne sais pas au juste. — Avez-vous d'autres preuves? — Non, mais monsieur était gris. — Qu'il paye 5 schellings d'amende, et la première fois que cela lui arrivera de nouveau, je l'enverrai en prison [2]. »

On connaît la législation américaine, si puissamment secondée par l'assistance privée. Mais c'est en Suède que nous trouvons la législation la plus complète sur la matière, et qui pourrait nous servir de type en certaines parties. D'après un statut du 24 août 1813, tout individu qui a été vu ivre est condamné pour la première fois à une amende de 3 dollars ; pour la se-

[1] En Angleterre, l'ivrognerie n'est pas un vice qui se concentre dans les basses classes. Il n'est pas rare de rencontrer dans les rues de Londres des hommes ivres fort bien mis. (*Hist. des cab. et hôt.* précitée, t. II, p. 242.)

[2] Nous empruntons ce détail de mœurs au curieux ouvrage de MM. Fran-

Digitized by Google

conde fois à une peine double ; pour la troisième et la quatrième fois à une amende plus forte encore, avec privation du droit de voter aux élections, de celui d'être nommé représentant, et de quelques autres droits fondés sur la confiance que peuvent avoir en lui ses concitoyens. En outre, il est exposé publiquement dans sa paroisse le dimanche suivant. S'il est trouvé en faute une cinquième fois, il est enfermé dans une maison de correction et condamné à six mois de travaux forcés, et s'il recommence, il est emprisonné pendant une année entière. — Si le scandale a lieu dans une assemblée publique, comme une foire, une vente aux enchères, etc., l'amende est double, et si c'est dans une église, le délinquant est traité plus rigoureusement encore. — Quiconque est convaincu d'avoir entraîné un autre à s'enivrer, est condamné à une amende de 3 dollars, qui est doublée lorsque celui qu'il a dérangé est mineur. — Un ecclésiastique coupable de ce délit perd immédiatement son emploi ; si c'est un laïque qui occupe quelque place considérable, il est suspendu de ses fonctions et souvent destitué. — L'ivresse n'est en aucun cas admise comme excuse d'une autre faute. — Quiconque est ivre dans les rues, ou faisant du bruit dans un cabaret, est sûr d'être emprisonné et détenu jusqu'à ce qu'il soit dégrisé, sans être pour cela dispensé de l'amende. De ces amendes, une partie revient aux dénonciateurs, qui d'ordinaire sont des officiers de police ; l'autre est donnée aux pauvres. Si le délinquant est sans argent, il est gardé en prison au pain et à l'eau, jusqu'à ce que quelqu'un ait payé pour lui ou qu'il se soit acquitté de dix journées de travail. Deux fois par an ces ordonnances sont lues du haut de la chaire par les pasteurs, et tout aubergiste est tenu, sous peine d'une forte amende, d'en avoir un exemplaire affiché dans les principales chambres de sa maison. — Un voyageur, le docteur Schubert, *Reise durch Schweden*, atteste que cet édit a obtenu les plus heureux résultats [1].

cisque Michel et Édouard Fournier, que nous avons cité plusieurs fois, et qui nous fournira tout à l'heure sur la Suède un document des plus intéressants.

[1] Francisque Michel et Édouard Fournier, *op. cit.*, t. II, p. 216.

Digitized by Google

VI.

Nous pourrions pousser plus loin ces recherches de législation comparée, mais nous avons hâte d'arriver à notre législation nationale. Dans l'ancienne France, nous trouvons, dès le commencement du IXe siècle, des lois répressives de l'ivrognerie. Un édit de Charlemagne, de 802, faisait défenses à toutes personnes de s'enivrer, de ravir le bien d'autrui, de voler, de blasphémer, et d'avoir des querelles et des différends. « Ainsi, dit Delamarre dans son savant *Traité de la police* (t. I, p. 195), ce prince met l'ébriété à la tête de tous ces grands crimes, parce qu'elle en est souvent la source. » — Par cinq ordonnances de 802, 803, 810, 812 et 813, ce même prince déclare les ivrognes d'habitude indignes d'être ouïs en justice dans leur propre cause, et incapables de rendre aucun témoignage pour leur prochain; il défend de s'exciter les uns les autres à boire avec excès jusqu'à s'enivrer, à peine d'être condamnés à ne boire que de l'eau et d'être séparés de toute société pendant un certain temps; il défend enfin de s'abandonner à l'ivrognerie sous peine d'une punition corporelle.—Après deux siècles de troubles intérieurs qui firent taire les lois, des dispositions de même nature furent reproduites par saint Louis et Philippe le Bel. Enfin, François Ier ayant été informé des désordres que l'ivrognerie causait dans sa province de Bretagne, y pourvut par un édit général du 30 août 1536 pour tout le royaume, lequel était ainsi conçu : « Pour obvier aux oisivetés, blasphèmes, homicides et autres inconvénients et dommages qui arrivent à l'ébriété, est ordonné : que quiconque sera trouvé ivre sera incontinent constitué et retenu prisonnier au pain et à l'eau pour la première fois, et si secondement il est repris, sera, outre ce que devant, battu des verges ou fouets par la prison, et la troisième fois fustigé publiquement, et, s'il est incorrigible, sera puni d'amputation d'oreille, d'infamie et de bannissement de sa personne; et si est par exprès recommandé aux juges, chacun en son territoire et district, d'y regarder diligemment[1]. »

[1] *Recueil gén. des anc. lois franç.*, par MM. Isambert, Decrussy et Armet, t. XIII, p. 527. — La même ordonnance ajoutait : « Et s'il advient que par ébriété ou chaleur de vin les ivrognes commettent aucun mauvais cas, ne leur sera pour cette occasion pardonné, mais seront punis de la peine due audit délit, et davantage pour ladite ébriété, à l'arbitrage du juge. »

Digitized by Google

VII.

Cette dernière ordonnance est restée en vigueur jusqu'à notre première révolution, époque où l'on rêvait un perfectionnement universel par la grâce des institutions politiques [1]. Pourquoi donc, aujourd'hui que l'expérience nous a éclairés sur la cause toujours plus agissante d'une infinité de délits, ne ferait-on pas revivre des dispositions qui, sauf des pénalités dont la première était pourtant fort ingénieuse, offrent en définitive, dans l'état de nos mœurs, le seul moyen efficace de prévenir les effets désastreux de « l'ébriété ou chaleur de vin? »

Nous ne nous flattons pas sans doute qu'une pareille loi parviendrait, comme par enchantement, à déraciner des habitudes si profondément ancrées dans les mœurs du peuple; mais, ce qu'on ne saurait dénier, elle les gênerait à coup sûr et les modifierait. Ce résultat ne serait-il pas déjà un immense bienfait? Mais c'est surtout dans l'arrestation immédiate que nous voyons l'utilité directe de la mesure. Qui oserait contester qu'on éviterait une foule de délits, qu'on préviendrait une infinité de souffrances, en arrêtant tous ces hommes qui n'ont plus « le gouvernement de soy [2] » sur la pente où ils vont glisser dans le crime, en les arrachant à la possibilité de le commettre?

VIII.

Nous entrevoyons encore une dernière objection. Comment

[1] « L'ivresse elle-même est une espèce de délit public dont la punition est réservée à la sagesse du juge; une ordonnance de François Ier, etc. » (*Rép.* de Guyot, v° *Excuse*, p. 43.) — « Un homme ne peut pas excuser une mauvaise action, parce qu'il l'a commise étant ivre. *Son état seul est un crime;* il a consenti, ou du moins il s'est exposé à perdre la raison; c'est assez pour le condamner. » (Denisart, v° *Ivrognerie*. V. aussi Despeisses, t. II, part. I, tit. 12, sect. 1, n° 4.) C'est dans cet auteur qu'on trouve cette définition oratoire de l'ivresse, que nous croyons empruntée aux Pères de l'Église : « Ebrietas est blandus dæmon, dulce venenum, quam qui habet, seipsum non habet, quam qui facit peccatum, sed ipse totus est peccatum. *Ebrietas est flagitiorum omnium mater, radix criminum, origo vitiorum, turbatio capitis, subversio sensûs, tempestas linguæ, procella corporis, naufragium castitatis, insania voluntaria; turpitudo morum, dedecus vitæ, honestatis infamia et animæ corruptela.* »

[2] MONTAIGNE, *Essais*, chap. 2, *De l'yvrongnerie*.

Digitized by Google

caractériser et constater un pareil délit? nous dira-t-on peut-être. L'ivresse n'est pas un fait simple et uniforme; elle a des degrés divers, des nuances plus ou moins perceptibles qui en diversifient singulièrement les effets ou le danger. Ne faudra-t-il pas, pour être juste, distinguer, avec les anciens criminalistes, entre l'ivresse complète et l'ivresse légère, entre celle imprévue et celle procurée? La loi entrera-t-elle dans tous ces détails, difficilement saisissables par le commun des témoins? se livrera-t-elle au danger des définitions, ou bien se confiera-t-elle à l'appréciation arbitraire du juge? De tous côtés, on le voit, la mesure proposée, qui n'est qu'une honnête utopie, vient se heurter contre des écueils.

Ces appréhensions et ces difficultés nous paraissent chimériques. Aujourd'hui, pas plus qu'en 1536, il ne sera nécessaire de définir un fait ou un désordre des sens qui se trahit par des signes extérieurs non équivoques [1], et qui se qualifie ainsi de lui-même. Sans se perdre dans des distinctions casuistiques, la loi se bornerait à dire : L'ivresse est un délit.— Quiconque sera trouvé ivre dans un cabaret ou tout autre lieu public sera incontinent arrêté, et détenu jusqu'à ce qu'il soit dégrisé. — Il sera en outre punissable d'une amende de 25 à 100 francs, laquelle sera partagée entre les officiers de police qui auront procédé à l'arrestation et les pauvres. — En cas d'insolvabilité, la peine sera convertie en celle de l'emprisonnement, qui ne pourra excéder trois mois ni être inférieure à six jours. — Ces peines seront doublées en cas de récidive dans l'année de la punition du délit, le tout sauf l'application de l'article 463 du Code pénal. — Nous voudrions en outre que, comme en Suède, la loi fût affichée dans tous les cabarets ou auberges, sous peine d'une forte amende, et que de plus, conformément au droit coutumier, aucune action ne fût accordée pour les dettes de cabaret.

Personne assurément ne se tromperait sur le sens d'une pareille loi, et son application offrirait peu de difficultés. Qui ne

1 . . . . . Quùm vini vis penetravit.
. . . . . .
Consequitur gravitas membrorum, præpediuntur
Crura vacillanti, tardescit lingua, madet mens,
Nant oculi; clamor, singultus, jurgia gliscunt.

LUCRÈCE, III, 475.

Digitized by Google

sait, en effet, saisir le moment où commence l'ivresse proprement dite, *voluntaria insania?* Ne se trahit-elle pas par la décomposition des traits, par la divagation de la parole, les emportements sans cause et l'accent tapageur? Aucun témoin ne s'y trompe. Aussi tous ceux auxquels on demande : « Un tel était-il ivre? » répondent, sans hésiter, oui ou non. N'oublions pas, d'ailleurs, qu'il s'agit d'une loi qui serait faite en vue du peuple, contre et pour lui tout à la fois. Or le peuple ne connaît pas la demi-ivresse particulière aux classes plus élevées ; il n'a pas le don de savoir déguiser ses vices ; son ivresse à lui est franchement bruyante ; elle se dessine en gros caractères. Elle débute par des chants, auxquels succèdent bientôt des vociférations et des menaces qui vont se traduire infailliblement, si la force publique n'intervient, en querelles et en coups. C'est ainsi que procède d'ordinaire, se signale et s'envenime l'ivresse du peuple, surtout dans nos contrées, où, par un phénomène des plus étranges, le chant, à la sortie du cabaret, n'est que trop souvent le précurseur du couteau et la préface du meurtre! — En présence de caractères aussi énergiquement accusés, on n'a pas à craindre la difficulté des constatations ou le danger des méprises.

IX.

En résumé, la mesure que nous proposons ne présente pas les incertitudes d'une innovation ; ce n'est pas seulement en France qu'elle a existé jadis : les peuples anciens et modernes en ont reconnu la nécessité ; elle vit encore et fonctionne chez presque toutes les nations étrangères de l'Europe ; partout elle a produit les plus heureux fruits ; elle s'appuie aujourd'hui sur la meilleure des preuves, l'expérience. La France seule, qui se proclame le pays du progrès, qui a la prétention de marcher à la tête de la civilisation, continuera-t-elle à se croiser les bras devant le développement d'un mal qui démoralise et décime sa population agricole et ouvrière? Restera-t-elle plus longtemps insensible au spectable ou plutôt à la cause de ces innombrables querelles, trempées de sang et de vin, contre lesquelles la justice épuise en vain ses rigueurs? Laissera-t-elle plus longtemps, sans daigner y jeter un regard, la plaie s'envenimer, et n'est-il pas temps enfin d'aviser au remède qui doit la guérir ou la diminuer?

Digitized by Google

Le remède, nous croyons l'avoir indiqué. Une expérience de chaque jour nous en a révélé l'impérieuse nécessité. Et ce n'est pas seulement sur l'étroit théâtre où nous vivons que les excès du vin sont déplorables et pernicieux. Ouvrez les journaux judiciaires, qui nous apportent chaque jour les tristes bulletins du crime, dans la plupart des méfaits, vous trouverez le doigt de l'ivresse!

« L'ordre public doit s'armer plus fortement contre ceux qui le menacent davantage[1]. » Conçoit-on qu'après avoir posé ce principe pour justifier ses dispositions contre le vagabondage, le législateur de 1810 n'ait pas songé à l'ivresse qui est une situation cent fois plus dangereuse pour l'ordre public?

En signalant cette déplorable lacune, nous croyons entrer dans les voies d'un gouvernement qui s'occupe avec une si touchante sollicitude du sort des classes populaires. Notre appel, nous osons l'espérer, trouvera des échos. Heureux si, répété par des voix plus autorisées, il parvient à fixer l'attention publique sur un des sujets les plus dignes de l'occuper!

DE NEYREMAND.

[1] Berlier, *Exposé des motifs* du chapitre 3 du titre 1er du Code pénal (Locré, *Législ. civ. et crim.*, t. XXX, p. 261).

Digitized by Google

RETRAIT SUCCESSORAL.

Le retrait successoral peut-il être exercé alors que la cession ne comprend qu'une part déterminée dans un immeuble indivis?

Par M. Théodore Derome, docteur en droit, procureur impérial à Napoléonville (Morbihan).

L'article 841 du Code Napoléon consacre en ces termes le retrait successoral : « Toute personne, même parente du dé» funt, qui n'est pas son successible, et à laquelle un cohéri» tier aurait cédé *son droit à la succession*, peut être écartée du » partage, soit par tous les cohéritiers, soit par un seul, en lui » remboursant le prix de la cession. »

La loi a voulu protéger les héritiers contre la cupidité et les vexations des acquéreurs qui se font subroger dans des droits héréditaires, et qui apportent presque toujours la dissension dans les familles, le trouble dans les partages. On peut craindre ces vexations de la part de celui qui achète une certaine masse de biens, un ensemble de droits et d'obligations, et qui par suite a intérêt à s'immiscer dans les affaires des familles, à pénétrer dans leurs secrets. Ce danger n'existe pas lorsque l'héritier se trouve en face de l'acquéreur d'un objet particulier ou d'une portion d'immeuble déterminée : si dans ce cas l'on veut faire cesser l'indivision, il suffit d'invoquer l'application de l'article 815 du Code Napoléon; il est inutile d'appliquer le remède extrême de l'article 841.

Le tribun Chabot de l'Allier disait dans son rapport : « Les » étrangers qui achètent des droits successifs apportent pres» que toujours la dissension dans les familles, le trouble dans » les partages. L'article 131 (841 du Code) dispose que toute » personne, même parente du défunt, qui n'est pas son succes» sible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé *son droit à la* » *succession*, peut être écartée du partage, soit par tous les » cohéritiers, soit par un seul, en lui remboursant le prix de » la cession. — Cette disposition, infiniment sage, est conforme » aux lois *Per diversas* et *Ab Anastasio*, qui avaient été géné» ralement admises dans notre jurisprudence. — Il est de l'in» térêt des familles qu'on n'admette pas à pénétrer dans leurs » secrets et qu'on n'associe point à leurs affaires des étrangers

Digitized by Google

» que la cupidité ou l'envie de nuire ont pu seules déterminer à » devenir cessionnaires, et que les lois romaines dépeignaient » si énergiquement par ces mots : *alienis fortunis inhiantes.* »

Ainsi mettre un frein à la cupidité, éviter que des étrangers ne viennent troubler le repos des familles et porter la discorde dans les opérations du partage, tels sont les motifs de la loi; on les trouve déjà exprimés dans les textes du droit romain, dans les lois *Per diversas* et *Ab Anastasio.*

Ces lois, comme on le sait, consacrent le retrait litigieux, et non le retrait successoral; elles sont la source de l'article 1699 du Code Napoléon, et non de l'article 841. Mais la jurisprudence du parlement de Paris a créé la faculté du retrait successoral, en se fondant sur les motifs des lois *Per diversas* et *Ab Anastasio.* (Henrys et Bretonnier; — plaidoyers de Servin; — arrêts de Chenu et de Maynard, Louet, Brodeau) : « *Per di-* » *versas interpellationes ad nos factas, comperimus quosdam,* » *alienis rebus fortunisque inhiantes, cessiones aliis competen-* » *tium actionum in semet exponi properare, et hoc modo di-* » *versas personas litigatorum vexationibus afficere.* » (L. 22 et 23, Cod., liv. IV, tit. 35.)

Brodeau fait connaître de la même manière les motifs du retrait *successoral* : « En cas de cession et transport de droits suc- » cessifs, bien que non litigieux, faits par un des cohéritiers à » un étranger, peut l'autre cohéritier demander à être subrogé, » en remboursant, afin qu'il n'ait rien à démêler avec le ces- » sionnaire étranger qui veut pénétrer dans les secrets d'une » famille dont il n'est point, et vexer et molester par procès les » vrais héritiers, en achetant à bon marché les droits de leurs » cohéritiers. »

Or ces difficultés, ces vexations, ces procès, on conçoit qu'ils surgissent au milieu d'une universalité de droits actifs et passifs; on conçoit, au contraire, qu'ils s'élèveront rarement pour un objet particulier, pour un simple partage d'un immeuble déterminé.

L'esprit de la loi, si on le consulte, semble donc réserver le secours de l'article 841 aux héritiers qui sont en lutte avec des cessionnaires d'une universalité ou d'une quote-part d'universalité de biens, et il semble le refuser aux héritiers qui sont en concours avec de simples acquéreurs d'objets particuliers.

Digitized by Google

Les textes sont d'accord avec l'esprit de la loi pour démontrer la vérité de cette proposition.

L'article 841 du Code Napoléon porte en effet : « Toute per-
» sonne, même parente du défunt, qui n'est pas son succes-
» sible, et à laquelle un cohéritier aurait cédé *son droit à la*
» *succession*, peut être écartée du partage..... »

Or qu'est-ce qu'un droit à la succession? Céder un objet particulier d'une succession, est-ce céder son droit à cette succession? Est-il venu à l'esprit de personne d'appeler jamais un objet particulier une succession? Une succession n'est-elle pas un ensemble de droits actifs et passifs?

Insistons sur les textes, et rattachons l'article 1696 à l'article 841 du Code Napoléon.

L'article 1696 dispose que « celui qui vend une hérédité sans
» en spécifier en détail les objets, n'est tenu de garantir que sa
» qualité d'héritier. »

La vente de l'hérédité, dont s'occupe l'article 1696, est bien la même chose que la cession du droit à la succession dont parle l'article 841.

Vente d'une hérédité, cession du droit à la succession, c'est toujours la même idée; les mots seuls diffèrent.

Un objet particulier a-t-il jamais reçu le nom d'hérédité? a-t-il jamais reçu le nom de succession?

Continuons encore, et appelons les textes au secours des textes; demandons-leur ce qu'est une universalité.

L'article 1003 du Code Napoléon définit le legs *universel* « la
» disposition testamentaire par laquelle le testateur donne à
» une ou plusieurs personnes l'*universalité des biens* qu'il lais-
» sera à son décès. »

Aux termes de l'article 1010, « le legs à titre universel est
» celui par lequel le testateur lègue une *quote-part des biens*
» dont la loi lui permet de disposer, telle qu'une moitié, un tiers,
» ou tous ses immeubles, ou tout son mobilier, ou une quotité
» fixe de tous ses immeubles ou de tout son mobilier. »

L'article 1012 complète ces idées : « Le légataire à titre uni-
» versel sera tenu, comme le légataire universel, des dettes et
» charges de la succession du testateur, personnellement pour
» sa part et portion, et hypothécairement pour le tout. »

Mais un objet particulier, fût-il le seul objet du défunt, n'a jamais été qu'un legs particulier.

Digitized by Google

Une universalité de biens, ou une quote-part de cette universalité, voilà ce qu'on peut appeler un droit à une hérédité, à une succession.

Ainsi l'entendait Pothier, l'oracle de la doctrine : « *Le cessionnaire de droits successifs*, soit que la cession ait été faite » à titre onéreux ou à titre gratuit, peu importe, est tenu des » dettes et autres charges de la succession de la même manière » que l'héritier qui lui a fait cession de ses droits ; car il est de » la nature de cette cession que le cessionnaire acquitte l'hé- » ritier son cédant de toutes les dettes et charges de la succes- » sion ; le cessionnaire prend à ses risques les droits successifs » qui lui sont cédés ; et comme ils sont composés d'actif et de » passif, de même qu'il a tout l'actif, il doit supporter aussi » tout le passif. »

Le droit à la succession est donc un droit à une universalité de biens ou à une quote-part de cette universalité ; c'est un ensemble d'actif et de passif : « *Non sunt bona, nisi deducto ære* » *alieno.* »

C'est pour cet ensemble de biens, c'est pour cette universalité ou pour cette quote-part de l'universalité, que l'article 841 du Code Napoléon a édicté la sage mesure du retrait successoral.

Le retrait successoral est d'ailleurs une faculté exceptionnelle ; c'est une sorte de privilége établi en faveur des cohéritiers, c'est une dérogation au principe de la liberté des conventions ; c'est par cela même un droit soumis à une interprétation limitative. L'article 841 autorise le retrait à l'égard du cessionnaire d'un droit à la succession ; n'étendons pas cette disposition au cessionnaire d'un objet particulier de la succession. Si l'on peut se permettre de comprendre dans les termes de l'article 841 un immeuble particulier, ne peut-on pas se permettre d'y comprendre aussi un meuble particulier? Ne doit-on pas reconnaître dès lors que le retrait successoral atteint tous les biens quelconques, meubles ou immeubles, cédés à titre particulier ou cédés à titre universel, pourvu qu'ils fassent partie de l'hérédité? N'arrive-t-on pas à cette conséquence fatale, que tous les biens compris dans une succession sont momentanément frappés d'inaliénabilité? Et si cette conséquence est inexacte, ne faut-il pas condamner le principe qui la produit? *Falsum consequens, ergo et antecedens.*

Digitized by Google

On peut et on doit admettre comme une règle certaine que l'article 841 ne s'applique pas aux objets certains et déterminés.

Mais à quel signe distinguera-t-on la cession de l'universalité ou d'une quote-part des biens, de la cession d'un objet certain et déterminé? C'est là, nous le croyons, une question de fait, une question d'appréciation dont la solution échappe à la censure suprême de la Cour de cassation.

Il faudra bien se garder de s'attacher exclusivement aux termes de l'acte de cession, de se borner à examiner si l'acte porte expressément que la cession a pour objet une universalité, ou une quote-part des biens, ou un objet particulier. Les contrats peuvent cacher des fraudes que les tribunaux doivent dévoiler, et non pas consacrer. Il se peut que l'acte désigne nominativement les immeubles cédés, tout exprès pour échapper à la loi du retrait. S'il en est ainsi, les magistrats n'hésiteront pas à dénoncer le mensonge du titre et à faire prévaloir la vérité; ils n'hésiteront pas à déclarer que la cession comprend en réalité, non pas tels et tels objets, mais tous les droits ou une quote-part de tous les droits de la succession, et ils réserveront aux cohéritiers le bénéfice du retrait successoral.

Mais supposons que la succession ne se compose que d'un seul immeuble, et qu'un des cohéritiers cède sa part dans cet immeuble : est-ce une vente d'un objet particulier, ou est-ce une vente d'une quote-part des biens de la succession? En thèse générale, on ne peut voir dans cet acte qu'une cession d'un objet particulier.

La preuve est facile : mettons en présence un seul héritier et un seul immeuble dans l'hérédité; — cet héritier vend cet immeuble : la cession a-t-elle pour objet une universalité? L'acquéreur n'a-t-il pas bien et dûment acheté un immeuble parfaitement déterminé? ne l'a-t-il pas acheté à titre particulier? — Cela posé, laissons dans la succession ce même immeuble, et supposons deux héritiers. L'un d'eux vend sa part, sa moitié de l'immeuble : a-t-il vendu une universalité ou une quote-part des biens? Évidemment non; si l'immeuble tout entier n'est qu'un objet particulier, comment se pourrait-il que la moitié de cet immeuble fût une universalité? Il y aura sans doute, à la suite de la cession de cette moitié d'une propriété, indivision entre l'un des cohéritiers et l'acquéreur; mais la loi ne proscrit pas l'indivision : elle permet d'en sortir, mais en vertu de l'ar-

Digitized by Google

ticle 815 du Code Napoléon, et non en vertu de l'article 841.

Décider d'une manière générale qu'un immeuble particulier, alors qu'il est le seul immeuble de la succession, est une universalité ou une quote-part des biens, ce serait une étrange erreur, ce serait l'exagération du matérialisme juridique, ce serait le renversement des vrais principes du droit. Un objet particulier, un seul immeuble, fût-il le seul de la succession, n'est ni une universalité, ni une fraction de l'universalité, puisque l'universalité est un ensemble d'actif et de passif, de droits et d'obligations. Quoi de plus contraire à l'universalité que ce qui est certain et déterminé? Quoi de plus opposé à l'idée de généralité que l'idée d'un objet particulier? Non, il ne faut pas s'arrêter à ce seul fait que la cession porte sur une portion *du seul immeuble* de la succession; ce n'est pas ici une question d'arithmétique, de géométrie ou de cadastre, et il n'est pas permis de décider, en principe, que la cession d'un immeuble particulier, par cela seul que c'est l'unique immeuble d'une succession, est nécessairement et fatalement une cession de l'universalité de cette succession.

Cependant il se peut que la rigueur absolue des principes soit modifiée par la puissance des faits; il se peut que, dans certains cas, la cession d'une portion du seul immeuble de la succession soit une cession d'une quote-part des biens; mais pourquoi? Serait-ce parce qu'il n'existe dans la succession qu'un seul immeuble qui constitue l'universalité de cette succession? Non, sans doute; l'universalité résultera des clauses du contrat qui conféreront à l'acquéreur tous les droits et toutes les obligations du cédant, qui subrogeront l'acquéreur à l'héritier. Il importe donc de consulter les titres et de rechercher dans chaque espèce si l'héritier n'a réellement vendu que sa part indivise dans un immeuble déterminé, ou s'il a entendu vendre l'ensemble de ses droits successifs.

Cette doctrine nous paraît conforme à la jurisprudence, comme nous allons bientôt essayer de l'établir. Elle concilie des jugements et des arrêts qui, au premier abord, semblent présenter quelques contradictions.

Les auteurs sont loin d'être d'accord sur la question que nous examinons.

MM. Delvincourt et Boileux admettent le retrait successoral,

Digitized by Google

alors même qu'un cohéritier a vendu *sa part dans un objet particulier* de la succession.

« Je pense, dit M. Delvincourt, qu'on peut poser en principe » général, sur cette question, que le retrait successoral peut » avoir lieu toutes les fois que la vente donne à l'acquéreur le » droit de s'immiscer dans les opérations du partage. Or il a ce » droit, même lorsqu'il a acquis la part d'un cohéritier dans » un objet particulier; car, comme la vente ne pourra avoir » effet qu'autant que l'objet tombera dans le lot du cohéritier » vendeur, il est évident que l'acquéreur a intérêt d'intervenir, » pour tâcher de l'y faire tomber. Il pourrait même arriver » qu'une vente pareille causât plus de préjudice, apportât plus » d'entraves au partage que la vente des droits successifs en » général; car, dans ce dernier cas, l'acquéreur n'a que le » même intérêt qu'aurait eu le cohéritier vendeur, celui d'avoir » une part égale à celle des autres, de quelque manière qu'elle » soit composée. Mais lorsque la vente est d'un objet singulier, » l'acquéreur a un intérêt qui lui est personnel, celui de faire » tomber tel objet dans tel lot, et par conséquent d'entraver » toutes les opérations, même les plus utiles, qui pourraient avoir » un autre résultat.

» Mais remarquez, ajoute le même auteur, que dans l'espèce » de la vente d'une part dans un objet singulier, l'article 841 » n'est applicable qu'autant que cette vente a lieu avant le par- » tage. *Secùs*, si elle lui est postérieure, et quand même l'objet » serait resté indivis, parce qu'alors la part de chacun dans » l'objet étant déterminée, la vente ne peut préjudicier aux » droits des autres cohéritiers, ni procurer à l'acquéreur les » moyens de s'immiscer dans les secrets de la famille. » (Delvincourt, t. I, p. 214.)

M. Boileux se rattache à la même opinion : « Si l'un des hé- » ritiers a cédé ses droits successifs dans un objet particulier, » le cessionnaire peut-il être écarté du partage? Oui. Toutes les » fois que la vente donne à l'acquéreur le droit de s'immiscer » dans les opérations du partage, le retrait peut avoir lieu. » (Boileux, sur l'article 841 C. Nap.)

Mais nous trouvons, dans le sens contraire, d'imposantes autorités.

Merlin cite un arrêt de la Cour de cassation, du 9 septembre 1806, ainsi motivé : « Considérant que l'article 841 du Code Na-

Digitized by Google

» poléon ne s'applique point aux ventes de corps certains et » déterminés, et que, dans l'espèce, il s'agit de vente d'im- » meubles de cette nature..... Rejette. » — Il ajoute : « Il est » certain que sous ces mots, *son droit à la succession*, l'arti- » cle 841 comprend aussi bien une quotité que l'intégrité de ce » droit : *ubi eadem ratio, ibi idem jus.* Mais ce n'était pas une » quotité du droit des cédants à la succession du sieur Payan- » Lafosse qu'avait acquise le sieur Glaizot; *il n'avait acquis » qu'une quotité du droit de ses cédants dans des objets qui, bien » qu'encore indivis, étaient déterminés.* » (Merlin, *Répertoire*, v° *Droits successifs*, p. 446.)

Pigeau enseigne la même doctrine : « Pour exercer le retrait » successoral, il faut que la cession soit d'une universalité ou » d'une quotité fixe *de droits successifs*, — et non pas seulement » d'une quotité fixe et déterminée de biens. Ainsi, par exem- » ple, si un objet est resté indivis après partage du reste de la » succession, et qu'un des cohéritiers ait vendu sa part dans » cet objet, l'acquéreur ne peut être remboursé forcément par » les héritiers de son vendeur. L'appréciation de cette circon- » stance de savoir s'il y a eu vente de quotité de biens, ou vente » de droits successifs, est entièrement abandonnée à la pru- » dence des juges. » (Pigeau, *Cours élémentaire de Code civil*, sur l'article 841.)

Toullier tient le même langage : « La vente ou cession d'une » portion indivise dans des corps certains et déterminés, n'est » point soumise à l'action en subrogation ou retrait successo- » ral; il faut que la vente ait pour objet une quote-part de droits » successifs, et non une quote-part dans tels biens, par exem- » ple dans les immeubles. Si un héritier vendait la moitié ou le » quart de son droit héréditaire, l'acquéreur pourrait être écarté; » *secùs*, s'il vendait son droit dans des immeubles restés in- » divis. » (Toullier, sur l'article 841, n° 429.)

Zachariæ professe la même opinion : « Le retrait successoral » ne peut être exercé qu'autant que la cession a pour objet l'in- » tégralité ou une quote-part d'une portion héréditaire. Le ces- » sionnaire d'*une part indivise dans des objets spécialement dé- » terminés*, ou même dans tous les objets restés en commun » après le partage général de la succession, n'en est pas pas- » sible. » (Zachariæ, édit. Aubry et Rau, t. II, p. 566.)

Nous ne saurions oublier, dans cette *Revue*, le sentiment de

Digitized by Google

M. Marcadé, qui tente de concilier les partis opposés : « Que » dire de celui à qui l'héritier aurait vendu, non pas son droit » successif entier, non pas encore une quote-part de ce droit, » mais seulement son droit sur tel bien spécial et déterminé de » la succession?.... Nous pensons comme Chabot, n° 9, et Mal» pel, n° 249, que la décision doit dépendre des circonstances. » Si le cessionnaire, comme il le peut fort bien dans ce cas, ne » demande pas à intervenir au partage, ou s'il n'y veut inter» venir que pour le tirage ou l'attribution des lots, afin de pré» venir la fraude de son vendeur, et sans s'immiscer en rien » dans les secrets de la succession, il n'y a pas de motifs d'exer» cer le retrait contre lui; et si les héritiers demandaient ce » retrait, il ne devrait pas leur être accordé. — Mais si les pré» tentions de cet acheteur allaient jusqu'à prendre connaissance » des affaires de la succession, et si sa présence devait entraver » les opérations du partage, ce serait bien le cas de l'écarter » en vertu de notre article. Cette distinction toute raisonnable » nous paraît de nature à faire cesser les contradictions que la » jurisprudence offre sur ce point. » (Marcadé, t. III, p. 272.)

La distinction de M. Marcadé est, en effet, toute raisonnable. Mais en attribuant une influence trop grande à l'idée du partage, ne laisse-t-il pas en même temps une part trop large à l'arbitraire de l'interprétation? Ne vaut-il pas mieux s'attacher, avec la jurisprudence, à la nature même du droit qui fait l'objet de la cession?

On peut, ce nous semble, résumer ainsi les décisions de la jurisprudence : pour exercer le retrait successoral, la cession doit comprendre l'universalité ou une quote-part des biens.

Un objet particulier, alors qu'il est l'unique objet d'une succession, est-il une universalité? — Oui et non; il *peut* être une universalité; *il ne l'est pas nécessairement*. La cession aura un caractère d'universalité si elle comprend, en réalité, tous les droits et toutes les obligations du cédant, encore bien qu'il n'y ait actuellement qu'un seul objet déterminé dans la succession. — La cession sera faite, au contraire, à titre particulier, si le cédant n'a pas entendu transmettre à l'acquéreur tous ses droits successifs ou une quotité de ces mêmes droits, mais seulement un objet déterminé, si les éventualités de la succession doivent, en dernière analyse, profiter ou nuire au cédant, et non à l'acquéreur.

Digitized by Google

Cinq arrêts semblent adopter la doctrine de MM. Delvincourt et Boileux. Il importe de les examiner.

Le 14 mai 1830, la Cour de Pau s'est expliquée sur la question : « Attendu, en droit, qu'en s'arrêtant au texte de l'arti» cle 841, il paraîtrait qu'il n'autorise le rachat que si le cohé» ritier a vendu tout ou partie de son droit successif, qu'on peut » dire que cette disposition forme une exception au droit com» mun, et qu'elle établit un privilége en faveur des cohéritiers; » que les exceptions et priviléges doivent être renfermés dans » leurs termes précis, et qu'on ne peut, par identité de raison, » les étendre d'un cas à un autre; par où il semblerait qu'on » est fondé à conclure qu'il n'y a pas lieu au retrait quand la » vente ne porte que sur un objet particulier et déterminé; — » mais que l'argument *à contrario* est sans force lorsque les » mêmes motifs s'appliquent au cas que l'on prétend exclure; » que la loi régit tous les cas qu'embrasse son esprit, bien que » la lettre n'en comprenne que quelques-uns; — que le but de » l'article 841, en permettant le retrait successoral, a été de » prévenir les inconvénients qui auraient lieu si un étranger » s'introduisait dans les partages; que ces inconvénients exis» tent *à l'égard d'une vente d'un corps certain, comme à l'égard* » *de celle d'un droit successif;* que, dans l'un et l'autre cas, pour » juger si le vendeur a ou n'a pas excédé sa part, il y a, en » effet, nécessité de composer la masse, de fixer le montant des » dettes, de déterminer les prélèvements à exercer, les four» nissements, les rapports et les restitutions que les cohéritiers » peuvent se devoir; que lors même que le cohéritier vendeur » vivrait encore, et que ces diverses opérations devraient se » faire avec lui, l'acquéreur, comme son créancier, aurait le » droit d'y intervenir; qu'ainsi un étranger pénétrerait dans les » secrets de famille, etc., etc. »

La Cour de Pau reconnaît, par cet arrêt, qu'autre chose est la vente d'*un corps certain*, autre chose la vente d'*un droit successif;* et cependant elle applique au premier cas un texte de loi qui ne s'occupe que du second.

Le 19 août 1837, elle a eu à se prononcer sur la même question; mais son dernier arrêt ne reproduit pas la doctrine absolue émise dans celui de 1830 : « Attendu que Souleyran a » vendu *tous les immeubles* qui lui sont échus et qu'il doit re» cueillir dans les successions de ses père et mère; que dès lors

Digitized by Google

» la vente rentre dans les dispositions de l'article 841 C. civ.;
» qu'à la vérité le vendeur paraît, par une clause postérieure,
» vendre des objets désignés, et l'on voudrait en induire qu'il
» n'aurait été vendu que des objets particuliers des successions;
» que la désignation de ces immeubles n'est qu'*indicative*, et
» qu'elle ne déroge point surtout à la première *clause de la*
» *vente de tous les immeubles échus;* qu'une autre interprétation
» de la loi serait erronée et fournirait un moyen d'éluder l'ap-
» plication de l'article 841 C. civ..... »

Cet arrêt est conforme à la doctrine que nous avons exposée; il décide, *en fait*, que la clause de la vente de tous les immeubles échus est une vente d'une universalité, que la désignation de cet immeuble n'est qu'*indicative*, que par suite il y a lieu au retrait successoral.

La Cour de Bourges a tranché deux fois la question dans ses arrêts des 16 décembre 1833 et 18 mai 1844; deux fois elle a déclaré que le retrait successoral peut être exercé contre le cessionnaire des droits d'un cohéritier dans un immeuble déterminé, si cet immeuble compose à lui tout seul la succession.

Arrêt du 16 décembre 1833 : « Considérant..... que l'esprit
» de l'article 841 a été d'éloigner du partage d'une succession
» les étrangers à la famille; qu'ainsi toutes les fois que l'acqué-
» reur peut, par suite de la cession, intervenir au partage et
» s'immiscer dans les affaires de la famille, il peut être évincé
» par l'effet de la subrogation légale; que, dans l'espèce, Berat
» n'est point acquéreur d'un objet déterminé, mais des droits
» revenant à sa venderesse dans le seul immeuble de la succes-
» sion dont il s'agit; que pour déterminer les droits cédés, il y
» a nécessité de faire une liquidation générale, seul moyen
» d'arriver au partage, et que Berat, ayant le droit de procé-
» der à cette liquidation par suite des droits à lui cédés, et de
» s'immiscer dès lors dans les affaires de la famille, peut être
» évincé par la subrogation légale à laquelle les enfants de Re-
» mon ont conclu....., etc. »

Loin de reculer, la Cour de Bourges persiste dans son système, et le proclame d'une manière plus précise, plus absolue, plus indépendante des faits dans son arrêt du 18 mai 1844 :
« ..... Considérant au fond que le but de la loi, dans l'article 841
» C. civ., a été d'empêcher les étrangers de s'immiscer dans
» les secrets des familles; qu'elle doit donc recevoir son appli-

Digitized by Google

» cation, non-seulement lorsqu'il y a cession de la totalité des » droits successifs, *mais même dans le cas où il est intervenu » une vente d'un objet déterminé*, lorsque le partage de la suc- » cession n'a pas encore été opéré, puisque alors l'acquéreur » ayant un intérêt tout personnel à la composition et distribu- » tion des lots, a évidemment le droit de s'immiscer dans ces » opérations du partage pour faire tomber l'objet vendu dans le » lot de l'héritier vendeur, ce qui pourrait être une occasion » de troubler la bonne harmonie qui doit exister dans la fa- » mille..... »

Un arrêt de la Cour de Riom, du 23 novembre 1848, semble se rattacher à la même doctrine; mais il est bon de remarquer que, dans l'espèce, la cession du seul immeuble de la succession a été faite *avec les droits et charges* HÉRÉDITAIRES, ce qui imprime à la cession un caractère d'universalité : « Attendu » qu'en cette matière la difficulté réelle consiste à démêler la » nature et les conséquences du titre en vertu duquel une per- » sonne non successible du défunt se présente en qualité de » copartageant; attendu, *en fait*, que s'il est vrai que la vente » du 11 juillet 1846 porte uniquement sur une maison, il n'est » pas moins constant et reconnu qu'elle est le seul immeuble » de la succession transmis à Fournier-Roubille *avec ses droits » et charges héréditaires, ce qui constitue une cession universelle » des droits immobiliers, et par suite un véritable transport de » droits successifs.* »

Malgré le classement des arrêtistes qui rattachent l'arrêt de la Cour de Riom à une doctrine trop absolue, l'on peut donner à la solution de cette Cour, pour peu qu'on en pèse sagement les motifs, une pleine et entière adhésion.

Quoi qu'il en soit, l'opinion que nous avons émise en commençant peut invoquer l'autorité d'une suite nombreuse de jugements et d'arrêts; elle peut surtout s'appuyer sur la constante jurisprudence de la Cour de cassation.

Le 8 germinal an XII, le tribunal de Versailles motivait ainsi un jugement : « Attendu que les frères Moudion n'ont point » vendu à Duhamel leurs droits indivis dans la succession de » feu Moudion leur père, *mais seulement leurs portions indi- » vises dans un corps certain dépendant de cette succession;* que » l'article 841 ne doit s'entendre que de l'héritier qui investit » un étranger d'*une universalité de ses droits successifs*, et non

Digitized by Google

» de celui qui dispose seulement à titre singulier de sa part » dans un immeuble déterminé, et confère à la vérité à son ac- » quéreur le droit de demander le partage ou la licitation de » cet immeuble, mais non celui de s'immiscer dans les affaires » de la succession et d'en demander un partage général..... »

Mêmes principes dans un jugement du tribunal de la Seine, du 9 ventôse an XII : « Considérant que la cession faite par la » demoiselle Lafontaine *ne s'étend pas à une universalité de* » *droits successifs* dans la succession de sa mère, mais seule- » ment à son huitième dans le domaine de Gagny, et à son » quart dans un autre immeuble à elle attribué par l'acte de » partage..... »

Plus tard, la Cour de Dijon consacre la même doctrine : « Considérant que les appelants ne se présentent point dans la » cause comme cessionnaires d'un droit à la succession, mais » comme acquéreurs d'un objet déterminé; que le partage qu'ils » en provoquent n'a rien de commun avec le partage d'une suc- » cession; qu'ils ne représentent pas l'héritier, et que ce serait » seulement dans ce cas qu'on pourrait leur appliquer l'ar- » ticle 841..... »

Le 17 mai 1831, arrêt semblable émane de la Cour de Lyon. — Le tribunal de Belley avait décidé « que la loi n'a admis le » retrait que pour la vente de droits successifs universels ou à » titre universel, ou d'une quote-parte de l'hérédité, mais à » titre universel, de manière que l'acquéreur soit aux droits de » l'héritier et le représente.....; que la vente passée à Richerand » ne contient pas vente de droits successifs, mais une vente de » quote-part d'immeubles déterminés, sinon par des confins, » du moins par des généralités spéciales; qu'elle ne contient » vente d'aucun droit éventuel, ni d'aucun droit actif et passif » dans les successions dont il s'agit. » — Sur appel, la Cour de Lyon confirme ce jugement : « Considérant qu'André aîné n'a » vendu et cédé à Richerand que des immeubles déterminés, et » non son droit à la succession indivise avec son frère; qu'un » semblable contrat ne se trouve point régi par l'article 841 » C. civ..... »

Le 13 novembre 1846, arrêt de la Cour de Riom : « Consi- » dérant que la vente du 24 juillet 1843 n'a point le caractère » d'*une cession de droits successifs* ou d'un droit à la succession; » qu'elle porte transmission d'*immeubles déterminés* dépendant

Digitized by Google

» de la succession de Jacques Genestoux, immeubles qui ne » forment qu'une partie des immeubles de cette succession, et » que, d'autre part, les droits mobiliers n'ont point fait la ma- » tière du contrat : d'où il suit qu'il ne saurait y avoir applica- » tion du principe posé dant l'article 841..... »

Le 2 avril 1851, arrêt de la Cour d'Agen, arrêt le plus récent que nous ayons trouvé sur la question : « Attendu que l'article 841 » du Code civil a pour objet de donner aux copartageants d'une » succession le moyen d'écarter les étrangers qui, sous pré- » texte de cession, chercheraient à s'immiscer dans les affaires » et les secrets de la famille; — attendu que cet article n'est » pas applicable lorsque le cessionnaire d'une portion d'un ou » plusieurs immeubles déterminés *demande la division desdits* » *immeubles sans s'occuper du partage de la succession;* — at- » tendu que par acte du 22 octobre 1849 Guillaume Austry » vendit à Pinèdre la moitié d'une maison, d'un jardin et d'une » pièce de terre dont le contrat indique les confrontations et la » contenance; — attendu qu'une telle cession ne donne à Pi- » nèdre *aucun droit sur les autres immeubles de la succession*, » *sur le mobilier, les actions actives et passives, sur les droits* » *héréditaires de son cédant....;* attendu qu'une telle action ne » saurait donner ouverture au retrait successoral..... »

Si les tribunaux et les Cours d'appel ont varié dans leurs décisions, la Cour de cassation est restée constamment fidèle à ses principes en cette matière.

Le 9 septembre 1806, arrêt de rejet : « Considérant que l'ar- » ticle 841 du Code civil ne s'applique point aux ventes de » corps certains et déterminés, et que, dans l'espèce, il s'agit » de ventes d'immeubles de cette nature, ainsi que l'arrêt at- » taqué le décide, rejette..... »

Arrêt de la Cour de cassation, du 22 avril 1808 : « Considé- » rant que la Cour d'appel de Douai n'a violé aucune loi en dé- » clarant, *en fait*, que le sieur d'Acquin avait acquis une quotité » fixe et déterminée de biens, et non une universalité ou une » quotité de droits universels successifs, et que l'article 841 du » Code Napoléon se trouve avoir été bien appliqué au fait ainsi » déclaré..... »

Arrêt de la Cour de cassation, du 14 août 1840 : « Attendu » que dans aucune des clauses du cahier des charges..... les » époux Goyon de Marcé n'ont déclaré qu'ils entendaient trans-

Digitized by Google

» porter à l'adjudicataire les droits et actions résultant pour la » dame Goyon de Marcé *de son titre d'héritière pour partie* du » comte de Laqueille ; qu'ils ont vendu *limitativement :* 1° cer- » taines parties d'immeubles désignées ; 2° une rente foncière » de 143 francs 20 centimes, avec certaines redevances en na- » ture, et 3° les rentes percières portant sur les héritages situés » dans cinq communes désignées.....; attendu que, sous ces » différents rapports, l'arrêt attaqué a pu, sans violer l'arti- » cle 841 C. civ., écarter le retrait successoral..... »

Un arrêt de la Cour de cassation, du 1er décembre 1806, intervenu sur la même question, est conforme aux mêmes principes. Le sieur Paul-Antoine Roussel avait acquis d'Hélène-Élisabeth Savouray, veuve et donataire à titre universel d'Albert-François Lefournier de Wargemont : 1° le château de Ribeaucourt, bâtiment, parc et ses accins ; 2° les quatre quints de la forêt de Sainte-Anne et Goyenval ; 3° les quatre quints du moulin à vent, bâtiments et leurs terrains, situés à Beaumé, etc., etc. — Une clause de l'action de cession portait : « En cette » vente sont compris *tous les droits de propriété* appartenant à » ladite dame dans les immeubles qui appartenaient audit feu » Albert-François Lefournier, comme sa donataire *universelle* » en propriété, situés sur les villages et terroirs de Ribeau- » court, Beaumé, Berlette et terroirs voisins, *sans en rien ré-* » *server ni excepter, même tous droits, profits réels ou person-* » *nels dont ledit sieur Lefournier a joui, dû jouir, et dont il* » *aurait dû jouir par la suite.* » — Là-dessus, arrêt de la Cour d'Amiens : « Considérant que cette vente n'est point une vente « d'objets certains et déterminés, mais une vente de tout ce » qui appartenait à la venderesse du chef de son mari dona- » teur.....; d'où il résulte que la vente dont il s'agit, *malgré* » *l'espèce de désignation* portée au contrat, est, surtout d'après » la clause générale qui le termine, une vente d'universalité » d'immeubles, une véritable vente de droits successifs..... » Le 1er décembre 1806, l'arrêt de la Cour d'Amiens a été confirmé par la Cour de cassation : « Attendu que l'arrêt dénoncé » déclare constant, *en fait*, que la vente faite à Paul-Antoine » Roussel n'est pas une vente d'objets certains et déterminés ; » que cette vente, malgré l'espèce de désignation portée au » contrat, est une vente d'universalité d'immeubles, une véri- » table vente de droits successifs ; que ce point de fait qui,

Digitized by Google

» dans l'arrêt dénoncé, est le résultat de l'interprétation faite » par les juges de la Cour d'appel, de l'acte du 1er jour com- » plémentaire an XII, du rapprochement et de la combinaison » de ses diverses dispositions, des déclarations respectives des » parties, du dépouillement des états de la succession et des » autres pièces produites au procès, ne peut être remis en ques- » tion devant la Cour de cassation..... »

Telle était la jurisprudence de la Cour de cassation ; telle elle était encore en 1848 ; le principe juridique a toujours été proclamé de la même manière : il y a lieu au retrait successoral lorsque la cession a eu pour objet une quotité de droits successifs, mais non lorsqu'elle a pour objet certains biens déterminés. A quel signe devra-t-on reconnaître la cession d'une universalité? Quels seront, au contraire, les caractères de la cession d'un objet particulier? C'est là un point de fait dont l'examen est abandonné à la souveraine appréciation des tribunaux et des Cours d'appel.

« Attendu, porte l'arrêt de cassation du 16 mai 1848, que » l'article 841 ouvre l'exercice du retrait successoral contre » toute personne non successible à laquelle un cohéritier a cédé » son droit à la succession ; — que, s'il n'y a pas lieu à retrait » lorsque la cession avait porté, non sur une quotité des droits » successifs ou sur la totalité, mais sur certains biens déter- » minés, il y a, au contraire, lieu à retrait lorsque la cession, » *quoique* désignant des biens déterminés, *s'est étendue à l'uni-* » *versalité* de l'hérédité mobilière ou immobilière ; — attendu » que l'énumération détaillée de tous les biens composant une » hérédité n'ôte point à la cession qui en est faite son caractère » de cession totale du droit à la succession ; qu'autrement il » dépendrait de la volonté des parties d'éluder et d'anéantir, à » l'aide d'une telle énumération, les effets de l'article 841 et ses » dispositions impératives ; — attendu qu'il avait été jugé *en* » *fait*, par le tribunal de première instance, que le tiers des » immeubles vendus par partie des héritiers de la dame Mac- » Auliffe, en 1838, *composait toute la succession de cette dame ;* » *que l'arrêt attaqué n'a pas détruit ce fait par la constatation* » *d'un fait contraire ;* qu'il a raisonné en admettant hypothéti- » quement qu'une quote-part des lieux achetés par Vauloup for- » mait toute la masse immobilière de la succession de la dame » Mac-Auliffe, qu'il suit de là qu'en refusant à la demanderesse,

Digitized by Google

» héritière de la dame Mac-Auliffe, sa sœur, l'exercice du re-
» trait successoral, pour la partie des biens vendus au défen-
» deur, qui formaient la part de ladite dame Mac-Auliffe, qu'a-
» lors même qu'ils auraient, *en fait, composé la totalité de*
» *l'hérédité immobilière de cette dame*, l'arrêt attaqué a expres-
» sément violé la loi précitée; — casse..... »

L'arrêt attaqué avait été rendu par la Cour de Rennes. Qu'on ne s'y méprenne point : la Cour de cassation était d'accord avec la Cour de Rennes pour proclamer que le retrait successoral ne pouvait avoir lieu que contre l'acquéreur de quote-part des droits héréditaires, contre l'acquéreur d'une universalité ou d'une partie de l'universalité des droits successifs. Mais l'arrêt de la Cour de Rennes a été cassé, parce qu'il y avait eu fausse application du principe aux faits constatés par le jugement de première instance et non détruits par l'arrêt; parce que le jugement de première instance déclarait que la cession embrassait, en réalité, la totalité de l'hérédité immobilière; parce que la Cour de Rennes raisonnait en admettant hypothétiquement que la quote-part des biens cédés formait toute la masse immobilière de la succession.

Comme on le voit, l'arrêt de la Cour de cassation du 16 mai 1848 est exactement conforme à l'arrêt du 1er décembre 1806, et les espèces jugées sont à peu près identiques.

En résumé, admettons comme un principe certain que, pour exercer le retrait successoral, il faut que la cession ait eu pour objet une universalité ou une quote-part de l'universalité des biens, et non pas seulement un objet déterminé. En consacrant cette règle, la Cour de cassation condamne les théories de Delvincourt et de M. Boileux; elle condamne les systèmes trop absolus des arrêts de la Cour de Pau, du 14 mai 1830, et de la Cour de Bourges, du 16 décembre 1833.

Les circonstances particulières de la cession peuvent permettre, en fait, de voir une universalité dans la cession d'un objet déterminé, sans qu'on puisse cependant déclarer *à priori* qu'un objet particulier constitue une universalité par cela même qu'il est le seul objet de la succession. Ainsi pourraient s'expliquer, à certains égards, les arrêts de la Cour de Bourges, du 16 décembre 1833, et de la Cour de Riom, du 23 novembre 1848.

Nous avons examiné, sur la question proposée, les principes

Digitized by Google

du droit, la doctrine des auteurs, la jurisprudence des tribunaux et des Cours. Que si l'on vient à remarquer que nous avons omis de citer des autorités qu'il n'est plus permis de passer sous silence lorsque l'occasion s'en présente, qu'on veuille bien les consulter, tout en nous épargnant le regret d'avouer qu'il nous a été impossible de les consulter nous-même.

Qu'il nous soit permis, en terminant, de citer à l'appui de notre doctrine un jugement rendu, sur nos conclusions, par le tribunal civil de Napoléonville, le 16 août 1855 :

« Considérant que s'il résulte de l'article 841 du Code Napo-
» léon que toute personne qui n'est pas successible du défunt,
» et à laquelle un cohéritier aurait cédé son droit à la succes-
» sion, peut être écartée du partage, on doit entendre par
» ces mots *droit à la succession*, interprétés eux-mêmes par
» les diverses dispositions du Code Napoléon relatives à la suc-
» cession ou à l'hérédité, l'universalité des droits actifs et pas-
» sifs du défunt; par la cession de son droit à la succession, le
» cédant doit s'être dépouillé en tout ou en partie de son droit
» de discuter la succession, de sa qualité d'héritier, pour en
» investir le cessionnaire; on doit aussi reconnaître que le par-
» tage dont la loi entend écarter le cessionnaire est celui de la
» succession, entraînant compte, liquidation, rapport, et que
» l'action qu'elle lui refuse est celle de discuter les affaires de
» la famille; — mais que l'acquéreur d'une portion d'un im-
» meuble déterminé, cet immeuble fût-il le seul dans la succes-
» sion, n'a pas le droit de demander aux héritiers compte de la
» succession; qu'il n'est à leur égard que le cessionnaire d'une
» part indivise d'un certain immeuble, et ne peut exercer contre
» eux que l'action en division de cet immeuble; — considérant
» que s'il a été maintenu que le cessionnaire a intérêt et droit
» à suivre les opérations du partage, ce droit, que la loi ac-
» corde à tout créancier, ne paraîtrait pas de nature à autoriser
» le retrait successoral; — considérant *en fait*, etc. »

THÉODORE DEROME.

Digitized by Google

A quelle époque le mineur, sous la tutelle légale de son père, encourt-il, comme héritier de sa mère, la déchéance prononcée par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855? Est-ce par le défaut d'inscription dans l'année qui suit la dissolution du mariage, ou bien cette déchéance ne sera-t-elle encourue que par le défaut d'inscription dans l'année qui suivra la cessation de la tutelle?

Dissertation par M. Nicollet, conseiller à la Cour impériale de Grenoble [1].

Un arrêt de la Cour de Grenoble, du 29 avril 1858, motivé avec une distinction digne de fixer l'attention des jurisconsultes, a décidé que la déchéance était encourue à la première époque, nonobstant la minorité, par la raison que l'article 8 n'a pas fait de différence entre les héritiers de la femme, et les a tous soumis, mineurs ou majeurs, enfants ou collatéraux, à l'obligation d'inscrire son hypothèque légale dans l'année qui suit la dissolution du mariage. La question étant d'un grand intérêt et de nature à se présenter fréquemment, il importe d'examiner si cette distinction qui, en effet, n'existe pas d'une manière littérale dans l'art. 8, ne s'y trouverait pas implicitement, et si, d'ailleurs, elle ne résulterait point des principes généraux de la matière.

L'article est ainsi conçu :

« Si la veuve, le mineur devenu majeur, l'interdit, etc., leurs » héritiers ou ayants cause, n'ont pas pris inscription dans l'an- » née qui suit la dissolution du mariage, ou la cessation de la » tutelle, leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du » jour des inscriptions prises ultérieurement. »

Cet article a pour objet, notamment, de favoriser le crédit du mari devenu veuf, c'est-à-dire d'éclairer et de protéger les tiers qui contractent avec lui lorsque son mariage est dissous. Il veut que, dans l'année à compter du décès de la femme, l'hypothèque de celle-ci cesse d'être occulte.

Mais cette intention ne peut pas être remplie, et l'article 8

[1] L'auteur de cette dissertation aurait désiré qu'elle fût publiée sans sa signature. Nous aurions volontiers accédé à ce désir ; il ne nous en eût pas coûté de couvrir le nom d'un savant magistrat pour un travail qui, par lui-même, aurait mis notre responsabilité complétement à couvert. Mais nous aurions en cela contrevenu à la règle que la *Revue* s'est imposée dans un intérêt qu'il est aisé de comprendre et d'apprécier ; et nous avons dû insister pour obtenir une signature que l'auteur a bien voulu consentir à donner.

(*Note de la Direction.*)

Digitized by Google

reste sans effet lorsque la femme a pour héritiers ses enfants mineurs sous la tutelle paternelle, parce que ceux-ci ont de leur chef, pour sûreté des reprises de leur mère, une hypothèque dispensée d'inscription qui succède immédiatement à celle de la défunte et en est la continuation. Il est constant, en effet, que l'hypothèque légale du mineur garantit non-seulement les créances nées de la tutelle ou pendant la tutelle, mais encore celles que le mineur acquiert ou avait acquises par succession contre son tuteur. (Troplong, *Priv. et hyp.*, t. II, n° 427.)

Cela étant, l'article 8 n'empêche pas que les immeubles du mari devenu veuf, et en même temps tuteur de ses enfants, ne soient affectés d'une hypothèque occulte pour les reprises de sa femme décédée. Au point de vue du crédit immobilier, il serait sans aucun avantage qu'en passant de la femme à ses enfants, cette hypothèque perdît sa date primitive, celle du contrat de mariage, pour ne prendre rang que du jour du décès de la femme, puisqu'il est indifférent à ceux qui contractent avec le père tuteur d'être primés par une hypothèque remontant à la première de ces dates, ou par une hypothèque remontant seulement à la seconde, dès lors que, dans l'un et l'autre cas, ils le sont pour les mêmes sommes, en vertu des mêmes titres.

Ainsi l'interprétation donnée par l'arrêt précité à l'article 8 ne favorise en rien le crédit immobilier, qui est l'objet unique de la loi de 1855, et elle n'en est pas moins désastreuse pour les mineurs héritiers de leur mère. Elle leur enlève leur priorité à l'égard des créanciers qui ont contracté avec leur père, en présence des droits de sa femme encore existante, droits que ces créanciers connaissaient ou étaient présumés connaître. Un résultat si contraire à l'équité ne peut avoir été dans les vues du législateur qui, dans l'exposé des motifs et dans la discussion de la loi, a formellement déclaré vouloir maintenir la dispense d'inscription aussi longtemps que le créancier auquel elle est accordée serait incapable de s'inscrire, et qui, par conséquent, n'a pas eu l'intention de faire cesser cette dispense lorsque la créance passe d'une personne incapable à une autre plus incapable.

De la femme à ceux qui, de son vivant, ont contracté avec son mari, les rangs sont fixés, les droits respectifs sont acquis. Il y aurait une contradiction choquante entre le soin que notre Code et la loi de 1855 elle-même prennent de conserver les re-

Digitized by Google

prises éventuelles de la femme pendant le mariage, malgré le défaut d'inscription, afin d'en assurer la transmission à ses enfants, et la pensée d'exposer l'hypothèque qui les garantit à périr, à l'époque même de cette transmission, en l'assujettissant à une formalité entièrement inutile à ceux-là même qui seuls profiteraient de son inaccomplissement.

Les inscriptions sont exigées pour éclairer les tiers lorsqu'ils vont contracter avec le débiteur, et non pas lorsqu'ils ont déjà contracté. Notre question n'intéresse pas le crédit immobilier; car la possibilité qu'un jour par ignorance, par oubli ou par mauvaise foi, les créances de la femme ne soient pas inscrites au nom de ses enfants mineurs, ne procurera pas au mari un prêteur de plus. D'ailleurs, des contrats formés dans une telle perspective seraient indignes des faveurs de la loi. Cette caducité éventuelle des droits de la femme, cette intervention capricieusement rétroactive de son rang, par l'omission d'une formalité posthume et tout à fait illusoire quant aux engagements consommés précédemment, ferait dégénérer notre régime hypothécaire en un jeu qui ne demanderait que fautes; et ici ce serait un jeu contre les mineurs.

L'espèce de l'arrêt précité nous en montre bien le danger. C'est par un événement fort imprévu et bien en dehors des conditions sous lesquelles ils avaient contracté, que les créanciers Ardain et Mézières, postérieurs en hypothèque à la femme Aubert, ont pris rang avant ses enfants. Ils doivent cette bonne fortune non à leur prudence ni à aucune diligence de leur part, mais à une loi qui n'existait pas lorsqu'ils ont prêté leurs fonds à Aubert, et à l'omission d'une formalité qu'elle est venue prescrire dans un tout autre intérêt que le leur. Loin de s'expliquer par quelque motif d'utilité générale, une telle application de la loi de 1855, si elle passait en jurisprudence, blesserait, par une rétroactivité injuste à tous égards, la maxime toujours vraie : *Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse.*

L'arrêt considère que le mineur, sous la tutelle légale de son père, a deux hypothèques pour ses reprises maternelles, savoir celle dont il a hérité de sa mère, et sa propre hypothèque de mineur, et il en conclut que si la seconde est dispensée d'inscription pendant la tutelle, il n'en est pas de même de la première; en d'autres termes, que si les expressions de l'article 8 ne l'atteignent pas comme mineur, elles l'atteignent comme hé-

Digitized by Google

ritier. Nous, au contraire, nous disons que sa qualité de mineur empêche qu'il ne soit atteint comme héritier. De ces deux arguments quel est le meilleur?

Celui de l'arrêt est très-savamment présenté, et cependant il nous semble qu'il ne va pas au fond de la question. Il se renferme dans le sens étroitement juridique des mots, et surpassant en exactitude technique la loi elle-même, il distingue là où elle n'a pas voulu distinguer. En assujettissant le mineur devenu majeur à prendre inscription dans l'année qui suit la cessation de la tutelle, l'article 8 l'en dispense jusqu'alors, et il l'en dispense pour toutes ses créances garanties par son hypothèque légale, même pour celles dont il a hérité de sa mère, puisque l'article ne les excepte pas et qu'il n'y a pas de motif d'exception. L'hypothèque de la succession maternelle est alors l'hypothèque du mineur, en ce sens au moins qu'elle lui appartient. Cela est vrai dans le langage ordinaire et l'est aussi dans le langage du droit, pour certaines dispositions dont l'objet s'applique, par parité de motifs, à l'une et à l'autre hypothèque. En voici des exemples :

Si une purge a lieu et qu'elle porte contre les héritiers de la femme, sans notification au subrogé tuteur, assurément l'hypothèque des reprises remontant au contrat de mariage n'est pas éteinte au préjudice des enfants mineurs sous la tutelle de leur père; au contraire, si la purge est régulièrement faite contre le mineur seul, sans aucune mention de sa qualité d'héritier de sa mère, cette formalité n'en atteint pas moins l'hypothèque des reprises du chef maternel. On voit, par ces analogies, que l'hypothèque légale de la mère s'étant jointe à celle du fils, il ne répugne pas au sens légal des mots qu'on la considère, dans certains cas, comme comprise dans les dénominations propres à celle-ci; ce qui suffit pour qu'on applique à l'une et à l'autre la dispense d'inscription maintenue sans distinction, par l'article 8, au profit du mineur. Et pourquoi cette dispense ne se continuerait-elle pas, le débiteur étant toujours le même, la créance dont l'hypothèque n'est que l'accessoire étant aussi toujours la même, et l'incapacité du créancier de s'inscrire n'ayant fait que s'accroître?

L'article 8 n'est pas d'une rédaction tellement exacte que, s'il ne se prêtait pas en tout point au sens que nous lui donnons, il fallût en suivre la lettre servilement, au mépris des règles gé-

Digitized by Google

nérales d'interprétation. En s'en tenant à la lettre, les héritiers de la *veuve* et ceux du mineur *devenu majeur* seraient bien soumis à l'inscription dans les délais fixés par cet article, mais il n'en serait pas de même des héritiers de la *femme* décédée avant son mari, et des héritiers même majeurs de l'enfant décédé en minorité. Dans notre espèce précisément, le fils serait dispensé d'inscrire l'hypothèque de sa mère, parce qu'elle n'était pas veuve lorsqu'elle est décédée. Comme il serait presque puéril d'appuyer notre thèse sur cette inadvertance de rédaction à laquelle la raison supplée, de même on ne peut nous opposer que l'article 8 ne contient pas d'exception expresse pour le cas qui nous occupe, ce silence étant une suite de la même inadvertance. En effet, le législateur ayant porté son attention sur l'héritier de la *veuve* et non sur l'héritier de la *femme* dont il n'a pas fait mention, n'a pu prévoir le cas de la double hypothèque du fils héritier de sa mère et soumis à la tutelle de son père survivant; en sorte que s'il n'a pas étendu spécialement à ce cas toute la faveur de la minorité, ce n'est point parce qu'il ne l'a pas voulu, mais c'est certainement parce qu'il n'en a pas eu la pensée. Et alors le devoir du juge est de prononcer non pas strictement d'après le texte, puisqu'il fait défaut, mais suivant l'esprit de la loi. Il est clair, en effet, qu'on ne peut pas trouver dans le texte la solution explicite d'une difficulté qui naît tout juste de ce qu'on change le texte; on peut seulement y trouver quelque indication de ce que le législateur eût voulu s'il eût complété lui-même sa disposition.

De deux choses l'une : ou le juge ne doit pas substituer le mot *femme* au mot *veuve*, et alors notre question ne se présente pas; ou bien si le juge fait cette substitution, comme les motifs très-juridiques qui l'y autorisent sont étrangers à notre question, il doit la décider comme il la déciderait s'il ne changeait rien au texte. En d'autres termes, entre l'héritier collatéral ou majeur de la femme et l'héritier de la veuve, il y a parité de motifs pour exiger l'inscription, tandis que, au contraire, entre la femme et son fils mineur sous la tutelle du père, il y a parité de motifs pour en dispenser. C'est pourquoi il est permis de substituer le mot *femme* au mot *veuve* dans le premier cas, et non dans le second.

La rédaction de l'article 8 laisse à désirer encore sous d'autres rapports. Que décider, par exemple, au cas de décès du

Digitized by Google

tuteur? Dira-t-on, avec le texte, que le mineur doit inscrire son hypothèque légale dans l'année de la cessation de la tutelle; ou bien pourra-t-on dire, toujours avec le texte, qu'il n'y sera tenu que dans l'année à compter du jour où il sera devenu majeur?

Dans la discussion de la loi du 23 mars 1855, le commissaire du gouvernement qui y a apporté le concours le plus décisif, a dit : « Ce qu'on doit demander à une loi, ce n'est pas qu'elle » résolve à l'avance toutes les difficultés d'application, il suffit » qu'elle soit claire et précise. » Nous ne rappelons pas ces paroles comme vraies dans un sens absolu, car quelques lignes de plus dans nos Codes auraient épargné d'innombrables volumes de commentaires et de jurisprudence, beaucoup de procès, beaucoup d'erreurs, et une quantité immense de travail qui aurait fructueusement trouvé d'autres emplois. Mais ces paroles du législateur constatent qu'il a recherché le mérite de la concision plus que celui de la prévoyance, et qu'il s'est abstenu, avec intention, du développement des conséquences suffisamment renfermées dans les principes de la loi.

Relisons l'article 8 sous l'influence de cette pensée; relisons-le tout simplement, comme il a été écrit, sans trop de subtilité scientifique, et la solution de notre question en découlera d'elle-même.

Deux époques sont assignées pour l'inscription des créances des femmes contre leurs maris et des mineurs contre leurs tuteurs : l'année qui suit la dissolution du mariage et l'année qui suit la cessation de la tutelle; et la peine du défaut d'inscription à l'une ou à l'autre époque, est que *leur hypothèque ne date, à l'égard des tiers, que du jour des inscriptions prises ultérieurement.* Or quelle est l'époque où il sera vrai de dire que l'hypothèque des droits maternels du mineur soumis à la tutelle de son père, ne date que *du jour des inscriptions prises ultérieurement?* Évidemment c'est l'expiration de l'année qui suivra la cessation de la tutelle, puisqu'il est constant qu'alors même que ces créances ne seront pas inscrites auparavant, elles n'en primeront pas moins les hypothèques survenues et inscrites après la dissolution du mariage.

Cet argument n'est pas seulement littéral; il se rattache à l'observation sur laquelle repose toute cette discussion. Reconnaissons au mineur, avec la Cour de Grenoble, deux hypothèques légales pour ses reprises maternelles : celle de sa mère

Digitized by Google

et la sienne propre, bien qu'on pût soutenir que ces deux hypothèques réunies sur sa tête n'en font qu'une. — A quoi servirait de lui imposer l'obligation d'inscrire la première dans l'année de la dissolution du mariage, quand la seconde conserve pour l'avenir les mêmes créances, et les conserve sans inscription? Qu'importe aux créanciers du tuteur primés par cette hypothèque occulte, qu'elle se nomme hypothèque de femme ou hypothèque de mineur? Et quant aux créances antérieures à la dissolution du mariage, que leur importe aussi que la dispense d'inscription se continue sous le même nom ou sous un autre? D'ailleurs, nous le répétons, l'article 8 de la loi de 1855 n'a pas été fait pour eux. Ce serait une disposition très-malheureusement illogique que celle qui, dans l'intérêt des créanciers postérieurs au décès de la femme, obligerait ses enfants mineurs de s'inscrire, sous peine de perdre leur rang non pas à l'égard de ces mêmes créanciers, mais à l'égard des créanciers antérieurs à la dissolution du mariage. De ces deux ordres de créanciers, les uns souffriraient l'inconvénient ou le dommage résultant du défaut d'inscription, et les autres recevraient le dédommagement, c'est-à-dire le bénéfice de la clause pénale.

On objectera cependant que lorsque les héritiers dont il est parlé dans l'article 8 sont majeurs, la déchéance qu'il prononce profite à tous les autres créanciers du mari ou du tuteur, même à ceux antérieurs à la dissolution du mariage pour lesquels nous venons de dire qu'elle n'a pas été établie. Oui, quand la déchéance est encourue, elle l'est d'une manière absolue, et c'est une raison de plus pour décider que lorsqu'elle ne l'est pas en faveur de tous les créanciers d'un même débiteur, elle ne l'est en faveur d'aucun, et surtout pour décider que lorsqu'elle ne l'est pas en faveur du créancier qui a souffert du défaut d'inscription, elle ne l'est pas en faveur du créancier qui n'a pu en souffrir.

L'application du bénéfice de cette déchéance aux créanciers antérieurs à la dissolution du mariage, quand l'héritier de la femme est majeur, tient à une sorte de nécessité dont il ne faut pas étendre les funestes conséquences. Ces créanciers devant être colloqués avant les créanciers postérieurs à la mort de la femme, le sont forcément, non en vertu d'un principe de justice, mais en vertu d'une loi mathématique, avant son héritier, puisque celui-ci, ayant encouru la déchéance de l'article 8, est primé par ces derniers. C'est un résultat fâcheux de la règle *Si*

Digitized by Google

vinco vincentem te a fortiori vinco te, résultat que la loi de 1855 n'aurait pu éviter (si toutefois elle l'eût pu) qu'en entrant dans des distinctions compliquées. C'est par une raison analogue que le créancier qui laisse périmer son inscription, perd son rang, même à l'égard de ceux qui ont acquis une hypothèque pendant que cette inscription était en pleine vigueur. On pourrait citer d'autres cas où la loi sacrifie certains droits à l'avantage de l'uniformité dans l'application de la règle, ou bien à quelque principe d'une plus grande ou plus générale utilité, mais il n'y a pas d'exemple d'une immolation pareille sans compensation.

Or, dans l'espèce, il ne se présente aucune considération de ce genre. Le mineur est colloqué, sans contredit, pour les reprises de sa mère, avant les créanciers dont les droits sont nés pendant le tutelle légale. Il ne s'agit que de savoir s'il cédera sa priorité aux créanciers antérieurs à la dissolution du mariage; et la négative étant admise, l'équité, la loi, la facilité du classement des créanciers selon le droit sont également satisfaites.

Il faut d'ailleurs puiser dans le cœur même de la question les raisons qui font que lorsque le fils, héritier de sa mère, est majeur, il y a lieu de la décider autrement que lorsqu'il est mineur sous la tutelle du père. Dans le premier cas, l'héritier est capable de s'inscrire, et il est présumé connaître la loi qui lui en impose la condition. De plus, il n'a pas une hypothèque dispensée d'inscription succédant à une autre hypothèque protégée par la même dispense.

La dernière de ces différences répond à une autre objection qui a été tirée de ce qu'une hypothèque judiciaire ou conventionnelle du mineur contre son tuteur, inscrite avant la tutelle, s'éteindrait à défaut de renouvellement de l'inscription, et ne serait remplacée par l'hypothèque légale du mineur qu'à la date de l'ouverture de la tutelle. Cela est vrai parce que l'hypothèque conventionnelle et l'hypothèque judiciaire n'ont d'existence que par l'inscription; en sorte qu'il n'y a rien à en conclure relativement à une créance garantie successivement par deux hypothèques légales dispensées d'inscription, dont la dernière a produit son effet avant que l'effet de la première ait cessé. Le mineur n'est pas dispensé d'inscrire ses hypothèques non légales. Mais tout ce qu'on peut conclure de là est inapplicable à l'espèce, puisque, depuis le mariage jusqu'à l'expiration d'une

Digitized by Google

année après la fin de la tutelle, il n'y a pas un seul instant où les tiers contractant avec le mari ou avec le tuteur, aient pu considérer l'hypothèque des reprises matrimoniales comme soumise à la formalité de l'inscription. Dans le cours de cette période, l'hypothèque a changé de nom si l'on veut; mais qu'importe le nom si la dispense d'inscription, qui est la chose essentielle, est restée attachée à la créance sans interruption, et si la cause de cette dispense, c'est-à-dire l'incapacité d'inscrire, n'a pas cessé et même s'est accrue?

La comparaison qui a été faite de l'espèce en question avec la purge manque d'exactitude. Notre système de purge des hypothèques légales n'est pas le meilleur possible; il ne faut pas y chercher des exemples. Autre chose est la purge de ces hypothèques, autre chose est de les soumettre à la publicité lorsque cette condition devient conciliable avec la faveur due à la femme mariée ou à l'état de minorité. L'article 8 de la loi de 1855 ne saurait équivaloir à la notification spéciale et individuelle faite conformément à l'article 2194 du Code Napoléon, et engager au même degré la sollicitude et la responsabilité des subrogés tuteurs. D'ailleurs, et ceci est très-important, il n'y a presque jamais de subrogé tuteur dans les tutelles légales, et la garantie voulue par l'article 2137 manque à peu près constamment. Comprendrait-on ce contre-sens de la loi qui purgerait en masse l'hypothèque des reprises maternelles des mineurs contre leurs pères, et qui la purgerait seulement pour le passé, en la laissant subsister sous un autre nom pour l'avenir, c'est-à-dire qui détruirait le droit en tout ce qu'il a de légitimement acquis, et le conserverait en tout ce qu'il a de dangereux pour les tiers et de nuisible au crédit immobilier?

Ces derniers mots nous rappellent encore deux objections fondées sur cet intérêt du crédit immobilier, objections qui ne sont pas très-graves, puisqu'elles n'ont pas trouvé place dans le remaquable arrêt dont nous nous permettons de combattre la doctrine.

La première consiste en ce que la cession des créances contre le mari devenu veuf serait plus facile si, faute d'inscription dans l'année du décès de la femme, l'hypothèque de celle-ci perdait son rang. Sans doute des titres qui de derniers deviendraient premiers, acquerraient une plus grande facilité de transmission; mais les droits des mineurs méritent-ils si peu

Digitized by Google

d'égards qu'il soit permis de les sacrifier à une considération d'un intérêt si faible et si éloigné pour le crédit immobilier? Les tiers qui voudront acquérir ces créances auront, dans tous les cas, à s'informer si le débiteur était marié ou tuteur à la date des obligations, et s'il a cessé de l'être depuis plus d'une année; et les mêmes diligences qui les éclaireront sur ce point leur apprendront nécessairement l'existence de la tutelle légale. Or cette tutelle étant connue révèle, aussi bien que l'existence même de la femme, le droit à des reprises matrimoniales.

La seconde objection repose sur ce que, par une succession de tutelles légales, l'hypothèque occulte de la femme pourrait avoir une durée indéfinie. Mais elle aurait toujours pour limite extrême la vie du mari, et presque toujours la durée d'une première tutelle légale; car, pour en admettre une seconde, il faut supposer un concours de circonstances très-rare, savoir le décès de deux époux dont le dernier mourant serait mineur et laisserait un enfant sous la tutelle de son aïeul, lequel aurait aussi été tuteur du défunt, et serait resté débiteur envers lui de ses reprises maternelles. Et il faudrait que ce décès des deux époux eût lieu dans l'année à compter de leur mariage; car un mineur décédant une année après l'émancipation produite par son mariage même, et par conséquent une année après la fin de sa tutelle, ne transmettrait à son fils qu'une hypothèque légale soumise à inscription. Peut-être même pourrait-on soutenir que le délai d'une année ayant commencé à courir contre le père émancipé, continue contre le fils avec la déchéance qui y est attachée. Quoi qu'il en soit, nous reproduisons ici l'observation faite ci-dessus : La loi ne peut étendre le système de publicité au point que les tiers soient dispensés de rechercher, ailleurs que dans les registres du conservateur, s'il existe une hypothèque légale de femme ou de mineur; et dès qu'ils apprendront qu'un mineur est sous la tutelle légale de son aïeul, et que la femme de celui-ci est décédée, ce sera leur très-grande faute s'ils n'en concluent pas que ce mineur peut avoir des reprises à exercer du chef de son aïeule.

La Cour de Grenoble a bien indiqué cette dernière objection dans son arrêt, mais c'est sous l'influence de la pensée qu'elle intéresse les tiers contractant avec le tuteur comme prêteurs directs, ce qui est une erreur, car ceux-ci sont, dans tous les cas, primés par toutes les créances du mineur contre son tu-

Digitized by Google

teur inscrites ou non inscrites. En sorte que cette objection, comme la précédente, se rattache uniquement à l'intérêt des tiers cessionnaires ou subrogataires, et n'est par conséquent que d'une importance infiniment secondaire, ou à peu près nulle.

Reipublicæ interest dotes mulierum salvas esse.

NICOLLET.

DISSERTATION.

Dans quelles formes doivent être recueillis et constatés les aveux et les réponses résultant d'une comparution de parties? (Code de procédure, art. 119.)

Des réponses constatées uniquement *par les motifs* de la sentence, ne peuvent-elles être contestées, sur l'appel, qu'au moyen d'une inscription de faux?

Par M. Lafontaine, ancien bâtonnier, conseiller à la Cour impériale d'Orléans.

L'ancienne jurisprudence n'admettait la *comparution des parties* qu'en matière de commerce. Un article glissé dans le Code de procédure, sans qu'un mot, dans la discussion au Conseil d'État ou dans les motifs, ait annoncé et préparé l'innovation, a consacré implicitement l'usage de cette voie d'instruction. Silence absolu, du reste, sur les règles qui présideront à l'audition des plaideurs, au mode de recueillir et constater les résultats de la comparution. Ceux qui apprécient l'importance des formes, l'influence qu'elles exercent sur les droits et les intérêts mis en jeu, comprendront combien cette lacune est regrettable.

Quand la loi écrite est insuffisante, c'est à la raison et à l'analogie, aux principes et à la doctrine, que le juge doit demander un guide et des règles de conduite.

Une espèce fera mieux sentir la nature de la difficulté et ses conséquences.

Une comparution de parties est ordonnée. Les parties comparaissent et s'expliquent, sans que l'attention soit plus particulièrement appelée sur quelqu'une des réponses obtenues que sur le reste; du moins aucun des avoués ne se lève pour demander acte, suivant l'usage, d'une déclaration qui lui paraî-

Digitized by Google

trait contenir un aveu, un demi-aveu, quelque commencement de preuve. Le délibéré est continué à quinzaine; à l'expiration de ce délai, le tribunal rapporte un jugement dans lequel il commence par relever, *dans ses motifs*, une des questions adressées et la réponse qui y aurait été faite. Voyant ensuite dans cette réponse, conformément à la jurisprudence de la Cour de cassation, un commencement de preuve assimilable au commencement de preuve *par écrit*, qui autorise la preuve testimoniale, et par suite l'admission des simples présomptions, le tribunal fait ressortir des faits et circonstances de la cause, rapprochés de la réponse recueillie, une preuve suffisante pour motiver sa décision. — Les qualités de ce jugement sont muettes sur le résultat de la comparution des parties.

Appel est interjeté de cette sentence, et l'appelant explique que, suivant lui et suivant le souvenir de quelques-uns des assistants dont il produirait au besoin le témoignage, il s'est fait une confusion dans les souvenirs des premiers juges; qu'ils ont commis une méprise et appliqué à une question la réponse faite à une autre question. — On lui oppose que le constat fait par le juge dans les motifs mêmes de la sentence est authentique, et que, pour en contester l'exactitude, une inscription de faux contre le jugement est indispensable.

Faut-il penser qu'il ait été dans l'intention du législateur d'admettre la possibilité d'un tel état de choses? qu'il ait compris qu'à l'aide de ce je ne sais quoi d'indéterminé, de fugitif, d'arbitraire et de variable, suivant la nature des esprits, qu'on appelle une vraisemblance, un commencement de preuve, un demi-aveu échappé de la bouche des parties, au milieu des interrogations multipliées d'une comparution, le juge puisse s'affranchir de toutes les règles sur l'admission de la preuve testimoniale, se créer tout à la fois le point de fait et le point de droit de ses jugements, décider souverainement du sort des actes authentiques, et trancher sans appel sur les plus graves intérêts? *Sans appel*, car l'élément de fait qui servira de base au jugement sera, devant le juge du second degré, hors de toute contestation et affranchi de tout contrôle autre que celui ouvert par la voie le plus souvent impraticable de l'inscription de faux.

On croit que la combinaison de quelques principes constants fournira la raison de décider. Le premier, c'est que l'effet d'un appel est de remettre en question et de soumettre à la censure

Digitized by Google

du juge d'appel, comme entaché d'erreur, tout ce que contient le jugement, les solutions de fait comme les solutions de droit. Or l'appel n'aurait plus cette vertu, il ne jouirait plus de ce droit, si quelque partie du jugement était soustraite à la discussion et protégée par une inviolabilité que l'inscription de faux seule pourrait entamer.

Après le droit de la partie, le droit du juge. Un second principe veut que tous les éléments d'un jugement soient susceptibles d'un contrôle de la part du juge d'appel, qui ne peut voir sa conscience enchaînée par les constatations de fait du premier juge, et n'est obligé, en aucun cas, de jurer *in verba magistri*. La Cour de cassation seule est liée par le fait tel que l'ont déclaré les Cours et tribunaux, et ne peut contrôler que l'application du droit.

Mais ici une objection : Comment concevoir que le constat attesté par trois juges, d'un fait qui s'est passé sous leurs yeux, de paroles que leurs oreilles ont recueillies, ne soit pas authentique? Et si ce constat est authentique, comment ne jouirait-il pas du privilége accordé aux constatations émanées des greffiers et autres officiers publics, et ne ferait-il pas foi jusqu'à inscription de faux? On oublie la distinction de fonctions établie par la loi entre les différents ministres qui concourent à l'administration de la justice. On oublie que, d'après les articles 1317 et 1318 du Code Napoléon, qui définissent les caractères des actes authentiques, une des conditions exigées, c'est la compétence et la capacité de l'officier public pour imprimer l'authenticité à la nature particulière d'actes dont il s'agit. Or c'est une notion élémentaire autant qu'incontestable que le juge ne peut être en même temps juge et témoin, juge et greffier. La connaissance acquise par le magistrat comme homme, le juge doit l'oublier : *Non sufficit ut judex sciat, opportet ut ordine legis sciat*. Si le juge ne peut être témoin, il ne peut davantage être *greffier*.

La loi a cru devoir placer près des tribunaux un officier qui constate à l'aide de l'écriture tout ce qui doit être recueilli, et communique l'authenticité à tout ce qui sort de sa plume. *Le greffier*, dit Domat, *est un fonctionnaire dont le principal devoir est d'écrire tout ce qui est dicté et prononcé par le juge, et en général tous les actes du ministère du juge.*

C'est cet officier public qui doit constater tous les incidents

Digitized by Google

d'audience. C'est lui qui doit recueillir les réponses faites à un interrogatoire sur faits et articles; c'est lui qui doit constater, lors des enquêtes sommaires, le nom des témoins et *le résultat de leurs dépositions*, alors même qu'il s'agit de causes non sujettes à l'appel, et cela bien évidemment dès lors pour fixer les souvenirs des juges qui pourraient varier et se contredire dans la chambre du conseil. C'est encore lui qui doit, si le jugement est susceptible d'appel, dresser procès-verbal de l'enquête. C'est lui qui, devant la police correctionnelle, rédige les notes sommaires du débat, pour être, au besoin, mises sous les yeux du juge pendant son délibéré, et dans tous les cas sous les yeux des juges d'appel. C'est lui enfin qui, devant la Cour d'assises, dresse le procès-verbal destiné à constater l'accomplissement de toutes les formalités tracées par la loi.

Devant la police correctionnelle, la rédaction des notes sommaires est l'œuvre du greffier seul, qui, seul aussi, en certifie l'exactitude par sa signature. Des procureurs généraux ont pensé qu'il serait utile que le magistrat qui a présidé l'audience vérifiât cette exactitude et revêtît les notes sommaires de son visa. Des présidents n'ont pas cru devoir adopter cet usage, en faisant observer que la rédaction des notes sommaires est confiée spécialement au greffier sous sa responsabilité, et qu'en cas de dissentiment entre eux et cet officier, ils n'auraient pas le droit de faire prévaloir leurs souvenirs sur les siens.

Le procès-verbal des assises doit, à la différence des notes sommaires, être signé tout à la fois par le président et par le greffier; mais suivant *M. de la Cuisine* (*Direction des débats criminels*), en cas de dissidence entre le président et le greffier sur les constatations, on ne peut admettre que la signature du premier dût faire seule preuve suffisante; car la loi, qui a voulu que le procès-verbal ne pût faire foi en justice, jusqu'à inscription de faux, qu'à la condition qu'il serait signé par deux personnes publiques, n'a établi entre elles aucune différence de caractère et d'autorité sous ce rapport. S'il en était autrement, une attribution sérieuse serait transformée en une assistance mécanique, sans autre garantie que celle d'un contre-seing forcé, et par conséquent illusoire; ce qui serait contraire à tous les principes de solennité des actes publics. La signature seule du président ne suffirait qu'en cas de décès ou de maladie du greffier. (Conforme. Cassation, 28 janvier 1843; Dalloz, p. 144.)

Digitized by Google

Que ressort-il de toutes ces notions? C'est que les fonctions du juge et du greffier sont essentiellement distinctes, et qu'aucun empiétement n'est possible de la part du juge sur le domaine du greffier; que, quelle que soit l'autorité du juge pour attester même ce qui s'est passé sous ses yeux, cette attestation ne peut se produire utilement que dans les cas et sous les formes et conditions déterminées par la loi. Tous les incidents, toutes les déclarations faites à l'audience, tout ce qui doit être recueilli par écrit doit donc l'être par le greffier : lui seul a mission à cet effet, lui seul a compétence et capacité pour conférer l'authenticité à l'écrit destiné à reproduire les choses qui se sont passées à l'audience, soit qu'il doive écrire sous la dictée du juge, soit que la rédaction même lui soit abandonnée.

C'est donc à tort, suivant nous, que plusieurs auteurs, en reproduisant la disposition de l'article 119, ont ajouté énonciativement et sans examen, que si la comparution des parties produisait un résultat utile, ce résultat était constaté *dans les motifs* du jugement.

Que doit-il donc se passer pour les enquêtes sommaires et les comparutions de parties? A notre avis, le mieux est, sans contredit, que le juge de première instance ou d'appel dicte au greffier le résultat des dépositions au moment même où elles viennent d'être reçues; que de même il fasse fixer par écrit, sous sa dictée, et en présence des parties intéressées à l'exactitude de cette constatation, les réponses qui lui paraissent pouvoir devenir des éléments de sa décision. Un greffier, en effet, étranger à la connaissance parfaite de l'affaire dont il peut n'avoir pas suivi la plaidoirie, et dont les faits n'ont pas la simplicité d'une affaire correctionnelle, éprouverait une grande difficulté à saisir, dans les dépositions des témoins ou les réponses des parties, les points qui demanderaient à être fixés par écrit. Et qu'on ne dise point que si le juge dicte au greffier, la constatation alors, et dans la réalité des choses, émanera bien du juge et non du greffier. D'abord la loi, qui a imposé au juge d'instruction un greffier pour instrument de ses rédactions, a considéré la présence et la coopération de cet officier public comme une garantie pour l'accusé et pour la société. D'un autre côté, pourrait-on méconnaître l'immense différence qui distingue une constatation faite à l'instant même où les réponses et les aveux sortent de la bouche des plaideurs, en leur pré-

Digitized by Google

sence et en présence de leurs avocats et avoués, alors qu'une explication, une dénégation, une rectification enfin sont encore possibles; et cette reproduction que les juges, après un intervalle de temps plus ou moins long, vont chercher dans des souvenirs plus ou moins effacés, plus ou moins complets, et sans contrôle possible?

Ce mode est le seul qui puisse, devant les tribunaux de première instance, préparer l'examen et réserver le contrôle du juge d'appel, et qui, même pour le juge du premier degré, puisse fournir au délibéré et aux discussions de la chambre du conseil une base solide et des éléments définis. Ce n'est que dans ces conditions que l'on peut prévenir les confusions, les méprises et les embarras inextricables où des souvenirs plus ou moins vagues et fugitifs, souvent divergents et contradictoires, pourraient, surtout après une remise, jeter des juges qui s'en fieraient à leur mémoire.

Ce n'est donc point par les soins des avoués de la cause et par la rédaction des qualités, que doit se régulariser la constatation du résultat des dépositions, des réponses des parties, et en général de tout ce dont il est demandé acte à l'audience. Qu'arrivera-t-il, en effet, s'il est formé opposition aux qualités, et que les prétentions des avoués se contredisent? Il faudra recourir au président pour lever la difficulté, et celui-ci sera réduit à ses souvenirs peut-être déjà complétement effacés. Des notes sommaires tenues et signées par le greffier préviendraient ce grave inconvénient, et la substance en serait transcrite par l'avoué dans les qualités.

La Cour de cassation a décidé deux fois, il est vrai, que les réponses faites dans une comparution de parties, et *constatées par les qualités*, peuvent être considérées comme constituant un commencement de preuve par écrit. Mais dans le premier de ces arrêts, l'exactitude des constatations *consignées dans les qualités* n'était point contestée, et la Cour, en présence de cet accord des parties sur le fait, n'avait point à examiner *à priori*, et à un point de vue purement théorique, dans quelle forme les réponses dont on s'emparait pour y voir un commencement de preuve, auraient dû être recueillies. Le second arrêt est complétement muet sur la manière dont les réponses étaient constatées.

Si tout ce qui précède était accepté, il en résulterait pour

Digitized by Google

conclusion que le juge n'ayant point de mission pour constater, dans les motifs de son jugement, des faits pour la constatation desquels un officier spécial a été attaché à chaque tribunal, et ne pouvant fractionner sa sentence en deux parties, dont l'une serait un procès-verbal et l'autre un jugement proprement dit, l'inscription de faux ne serait pas nécessaire pour contester en appel les réponses consignées dans les motifs du jugement attaqué. Il est permis de penser que si le législateur eût prévu cette complication, il eût rejeté bien loin l'idée d'une inscription de faux. Comment, en effet, résoudre les difficultés et les embarras qui surgissent? Il faudra donc abandonner à la contradiction des témoignages les constatations des premiers juges, sans que ceux-ci puissent être entendus pour redresser la mémoire des témoins et faire prévaloir la vérité, ou bien admettre cet étrange spectacle de juges descendant de leurs siéges pour s'humilier au rôle de témoins déposant dans leur propre cause, réduits à lutter contre les impostures ou les erreurs de contradicteurs subornés ou complaisants! L'intervention du greffier prévient tous ces embarras, remédie à tous ces inconvénients et présente toutes les garanties désirables.

LAFONTAINE.

Digitized by Google

BIBLIOGRAPHIE.

TRAITÉ DE LA PROCÉDURE DES TRIBUNAUX CRIMINELS,

Suite de l'instruction criminelle préjudiciaire. — *Deuxième partie.* — Des Tribunaux correctionnels *en première instance et en appel; de leur procédure et des fonctions des officiers du ministère public qui leur sont attachés;* — précédé d'une Introduction *sur l'Organisation judiciaire, et sur les juridictions du petit criminel, en* 1789, *et, depuis, sous le droit intermédiaire;* par M. Berriat-Saint-Prix, conseiller à la Cour impériale de Paris. — 2 vol. in-8°. Paris, Cosse, place Dauphine, n° 27.

Article de M. Paul Pont, conseiller à la Cour impériale de Paris.

M. Berriat-Saint-Prix poursuit sa grande entreprise. La première partie de son traité, consacrée aux *tribunaux de simple police*, a été parfaitement reçue; la deuxième mérite un accueil non moins favorable, soit à cause de l'importance de la matière, soit pour les efforts que l'auteur a faits pour s'en rendre maître, soit enfin à raison de l'habileté avec laquelle il a su mettre en œuvre les riches documents qu'il a puisés dans le droit ancien, dans la jurisprudence et dans la doctrine modernes.

Dans la première partie, M. Berriat-Saint-Prix avait abordé immédiatement son sujet; dans celle-ci, il a eu l'heureuse pensée de montrer d'abord comment était rendue la justice du petit criminel, en 1789, lorsque l'Assemblée constituante décréta que l'*ordre judiciaire serait reconstruit en entier* [1]. Ses savantes recherches ont eu pour résultat la complète justification de cette illustre assemblée, qui n'avait pas arrêté la suppression de l'*ordre*, mais bien du *désordre* judiciaire. Il faut lire l'Introduction de M. Berriat-Saint-Prix pour se faire une idée de cet état de choses, de ce *chaos*, comme l'appelle justement l'auteur.

Suivant la nature ou l'importance des affaires, la localité, le rang des personnes, les justiciables avaient à démêler l'autorité compétente parmi des tribunaux extrêmement nombreux, très-divers, bizarrement nommés; il leur fallait suivre des procédures compliquées et onéreuses; aussi les procès *vivaient* alors autant que les hommes.

[1] Décret du 24 mars 1790.

Digitized by Google

D'abord il y avait les justices seigneuriales, lesquelles étaient *hautes*, *moyennes* ou *basses*, suivant les priviléges de la terre; ces justices ressortissaient souvent, par appel, les unes aux autres; puis l'affaire était portée aux justices royales, bailliages ou sénéchaussées; enfin elle arrivait au parlement, et l'on parcourait ainsi jusqu'à six degrés de juridiction avant d'avoir arrêt; *quatre* au moins dans beaucoup de provinces. Ces justices étaient souvent possédées en commun par deux ou plusieurs seigneurs, dont les juges siégeaient alternativement par *année*, par *mois*, par *semaine*. Dans ce cas, si le roi était lui-même ce que l'on appelait *en pariage*, son juge n'était pas privilégié, et il devait céder le siége à celui du seigneur lorsque son temps de *pariage* était expiré.

Dans quelques localités, la loi à appliquer ni le juge d'appel n'étaient les mêmes pour les cojuges. En Auvergne, dans la seigneurie de Cournon, où la justice était *indivise*, une partie de la terre était régie par le *droit romain*, l'autre par la *coutume*; des sentences de l'un des juges qui siégeaient de *mois* en *mois*, on appelait à la sénéchaussée de Clermont; les sentences de l'autre étaient déférées à la sénéchaussée de Riom!

Les villes, malgré les franchises municipales, n'échappaient pas à ces institutions féodales; à Orléans, en 1789, il y avait dix-sept justices seigneuriales, dont trois seulement à *main laïque*; sur les quinze justices de Reims, dix appartenaient à des ecclésiastiques ou à des communautés religieuses.

Certains jours de l'année, dans quelques localités, à Corbeil, à Bourges, à Autun, les juges royaux cessaient leurs fonctions, et les juges du chapitre étendaient leur juridiction sur toute la ville.

Quelques grands seigneurs, le duc de Sully, le duc d'Harcourt, l'évêque-prince de Strasbourg, avaient des Cours souveraines et des procureurs-fiscaux généraux.

Quant à l'indépendance des juges, c'était un mythe; les seigneurs avaient le droit de porter devant leur juge leurs affaires personnelles; et alors, malheur à la partie adverse ou au juge impartial! Celui-ci était non-seulement essentiellement amovible, mais son seigneur pouvait le renvoyer sans indemnité. Les parlements, celui de Paris[1] entre autres, avaient consacré

[1] Arrêt du 31 août 1785, sur les conclusions de l'avocat général Séguier.

Digitized by Google

l'usage où les seigneurs étaient de se soustraire à l'observation de l'ordonnance de Roussillon (1560), qui « enjoignait à tous » hauts justiciers salarier leurs officiers de gages honnêtes. »

Comment de tels abus, déjà stigmatisés, sous Henri IV, par Loiseau, dans son discours *Des abus des justices de village*, avaient-ils pu se perpétuer jusqu'à la révolution? M. Berriat-Saint-Prix nous l'apprend. D'abord les justices seigneuriales faisaient partie du droit des fiefs, et constituaient une propriété consacrée par des traités et par un long usage; ensuite Louis XIV, pressé d'argent, avait sanctionné implicitement cet état de choses. En 1695, pendant la guerre d'Allemagne; en 1702 et en 1708, pendant la guerre de la succession d'Espagne, des édits avaient engagé d'abord, aliéné ensuite des seigneuries du domaine de la couronne et les droits de justice qui en dépendaient. Pouvait-on abolir des tribunaux dont le roi avait tiré finance? Louis XVI n'osa même pas l'essayer. Dans ses édits célèbres du 1er mai 1788, il se contenta de fortifier et d'étendre les justices royales, et d'autoriser les parties à les saisir *de plano* de leurs procès.

Voilà pour les justices seigneuriales, c'est-à-dire pour un côté seulement de l'organisation judiciaire du temps.

Quant aux délits ou aux affaires plus graves de la compétence de juridictions plus élevées, la confusion n'était pas moindre. Aujourd'hui le plaideur, qu'il soit magistrat, ecclésiastique ou simple particulier, qu'il porte ou non un titre, que le délit soit spécial ou commun, le plaideur n'a devant lui que le tribunal de première instance et puis la Cour impériale; dans les villes importantes il y a, de plus, un tribunal de commerce. — En 1789, en premier ressort, il y avait *trente et un* tribunaux différents, et *treize* en dernier ressort, ordinaires ou extraordinaires. (Il y avait encore à Paris, Rouen et Toulouse, la *bazoche* du Palais, qui délivrait des certificats de cléricature, certificats dont on appelait au parlement.)

Les ressorts de ces tribunaux s'enchevêtraient souvent les uns dans les autres, et il fallait du même village aller dans plusieurs villes, suivant la nature de l'affaire.

Outre ces quarante-quatre juridictions, il y en avait de spéciales à telle province, à telle ville, à telle paroisse. M. Berriat-Saint-Prix cite un grand nombre de ces tribunaux de localité qui existaient dans le Roussillon, la Lorraine et l'Alsace. —

Digitized by Google

A Strasbourg, dont Louis XIV avait maintenu les priviléges en réunissant cette ville à la France, le pouvoir administratif et judiciaire était exercé par le *magistrat*, corps formé de vingt-neuf tribunaux différents, où les ouvriers, la bourgeoisie, la noblesse tenaient leur place avec de certaines combinaisons. Un de ces tribunaux, nommé le *grand sénat*, exerçait *seul* et *sans appel* la justice du grand criminel. Le *conseil souverain* de Colmar, qui tenait lieu de parlement en Alsace, avait essayé de revendiquer cette énorme prérogative, mais le conseil du roi avait donné raison au *magistrat* de Strasbourg!

Enfin, la bizarrerie et la diversité des noms ajoutaient leurs difficultés à cette organisation déjà si confuse. Il y en avait de bien singuliers. Tout le monde connaît les *baillis* et *sénéchaux*, l'*élection*, le *grenier à sel*, les *maîtrises*, etc.; mais qui est-ce qui, même au Palais, sait ce que c'était qu'un *alloué*, un *amman*, un *ammeistre*, un *buffet*, les *conventions royaux*, le *cottreau*, les *réguaires*, le *rewart*, le *vierg* et la *wierschaëre?* C'étaient pourtant des juges ou des tribunaux, en 1789, dans l'Artois, l'Alsace, la Bourgogne, la Bretagne ou le Dauphiné.

L'espace nous manque pour suivre l'auteur dans ses non moins curieuses investigations sur les *gages* et les *épices* des juges, sur la *procédure* du petit criminel, enfin sur l'organisation judiciaire de l'Assemblée constituante et les modifications que cette organisation eut à subir, sous le droit intermédiaire, jusqu'aux décrets organiques de 1810.

Les recherches de M. Berriat-Saint-Prix, sur nos anciennes institutions judiciaires, n'ont pas seulement produit le tableau, aussi neuf qu'intéressant, dont nous venons de donner une idée, elles ont conduit l'auteur à expliquer plus d'une disposition du droit actuel demeurée obscure jusqu'à sa comparaison avec les anciens textes qui lui avaient donné naissance; c'est là un des avantages de son livre.

Dans son traité proprement dit, M. Berriat-Saint-Prix a divisé sa matière en douze chapitres. Le premier traite de l'*organisation* des tribunaux correctionnels; le deuxième de leur *compétence;* le troisième de la *poursuite* des délits; le quatrième des *fins de non-recevoir;* le cinquième de la *saisine* du tribunal; le sixième des *incidents* qui peuvent retarder l'audience; le septième de l'*instruction* des affaires et de la *preuve des délits;* le huitième du *jugement;* le neuvième et le dixième de

Digitized by Google

l'*appel* des jugements *de police* et des jugements *correctionnels;* le onzième des *incidents d'audience;* le douzième de la *liquidation* et de la *taxe* des frais. Par cette division, l'auteur fait suivre au lecteur la marche elle-même des affaires : depuis la composition du tribunal à saisir, l'examen de sa compétence, indispensable préliminaire, l'initiative de la poursuite, etc.; à mesure que l'affaire avance le livre avance aussi; l'auteur ne s'écarte que lorsqu'une série essentielle est épuisée, et il a soin, pour ne pas l'interrompre, de classer à part ses digressions même les plus utiles. Ainsi les incidents qui peuvent retarder l'audience ne sont abordés que lorsque tout ce qui est relatif à la saisine du tribunal se trouve épuisé.

A ces divisions, à cette méthode on reconnaît l'homme d'application, le praticien consommé. En effet, c'est en matière de procédure que l'ordre est nécessaire; « *procédure* vient du latin *procedere*, qui signifie *s'avancer.* » L'auteur a classé les actes de la procédure correctionnelle en avançant vers le jugement qui vient toujours terminer le procès.

Aussi dans ses explications, dans ses commentaires, s'occupe-t-il, avant tout, des difficultés que la pratique voit naître; son attention ne s'inquiète pas des questions de théorie pure sur lesquelles des esprits sagaces épuisent leur pénétration et leur dialectique, mais qui restent parmi les curiosités de la science, faute d'occasion véritable de se produire et de servir. C'est donc à la jurisprudence que M. Berriat-Saint-Prix emprunte incessamment ses théories; à la jurisprudence de la Cour de cassation, où des esprits chagrins et sans ferveur ont pu signaler quelques taches, suite inévitable de l'humaine faiblesse, mais qui n'en reste pas moins la source la plus abondante, la plus profonde, la plus limpide à laquelle il soit donné de puiser. — Viennent ensuite ensuite les criminalistes les plus éminents : Mangin, avec ses œuvres par malheur inachevées; le président Barris, avec ses notes manuscrites revêtues de l'autorité du meilleur livre; M. Faustin Hélie; puis quelques autres, à un rang très-honorable encore, quoique un peu inférieur.

Cependant de tels auxiliaires ne contentent pas l'auteur; il a fréquemment recours, en outre, aux lois anciennes, aux vieux criminalistes; aux premières il emprunte des textes non reproduits par nos Codes, et qui achèvent d'expliquer les dispositions en vigueur, où le laconisme est parfois accompagné d'obs-

Digitized by Google

curité; aux seconds et à leurs in-folios il demande des espèces inattendues qui servent à la fois d'exemple et de guide, et qui suppléent aux travaux des criminalistes modernes.

Il y a plus d'une de ces explications tirées de l'histoire du droit qui mérite d'être indiquée. Ailleurs on a cité une des plus saillantes : la justification de l'autorité des procès-verbaux en matière spéciale, qui font foi jusqu'à *inscription de faux;* nous parlerons à notre tour de la justification de l'*évocation forcée* que prescrit, en appel, le Code d'instruction criminelle. — En matière *civile*, lorsqu'il y a appel d'un jugement interlocutoire, si le jugement est infirmé, la Cour impériale *peut* statuer sur le fond, mais il faut que l'affaire soit *en état*, c'est-à-dire suffisamment instruite (C. proc. civ., art. 473). — En matière *correctionnelle*, la règle est différente et impérative tout à la fois; si le jugement (interlocutoire) est annulé, la Cour impériale *doit* statuer sur le fond (C. d'instr., art. 215). Et peu importe que l'affaire soit à instruire, l'évocation du fond est obligée, même lorsque le jugement infirmé n'a dû statuer que sur un préalable, par exemple sur une question de compétence. Cette règle sévère prive habituellement les parties du premier degré de juridiction; M. Berriat-Saint-Prix la justifie par l'histoire. — Avant 1790, les affaires du petit criminel s'instruisaient comme procès civils, et l'on pouvait appeler de toutes les décisions d'instruction : permission d'informer, décrets, sentences préparatoires; et quand le juge supérieur avait statué, il renvoyait le procès en première instance pour que l'instruction y suivît son cours; de là des lenteurs et des frais dont voici un exemple.

Deux bourgeois d'Autun se rencontrant, l'un d'eux joua du coude et leva sa canne en l'air. Plainte devant le *vierg* (le maire) d'Autun. Le *vierg* rendit d'abord *six* jugements préparatoires ou interlocutoires dont les parties appelèrent *recta* au parlement de Dijon. L'affaire dura pendant trois ans et demi; au bout de ce temps, arrêt définitif qui condamna le *coudoyant* à 5 livres d'amende, avec défense de récidiver. « Il fallut trois ans et demi » pour terminer un procès (voies de fait et violences légères) » qui, aujourd'hui, n'occuperait pas une demi-heure le moindre » juge de police de l'empire. » — Les auteurs du Code d'instruction, Target et Treilhard, avaient expérimenté ces graves inconvénients; ils voulurent, avec raison, en préserver les justiciables, et par l'article 215 ils rendirent, en cas d'infirmation d'un

Digitized by Google

jugement interlocutoire, l'évocation du fond obligatoire pour le juge d'appel.

Enfin, à côté de toutes ces sources, de toutes ces autorités, le lecteur trouve de loin à loin sur sa route des espèces ou questions intéressantes qui se sont présentées devant des tribunaux, que M. Berriat-Saint-Prix, si exact dans ses citations, ne désigne que par ces mots : *le tribunal de* ***. Nous avons quelque raison de croire que cette indication anonyme est là pour indiquer que l'auteur avait pris part aux décisions ou précédents qu'il rappelle. Voici une de ces décisions, qui joint l'intérêt du fait à l'intérêt du droit. Un nommé Lavocat, condamné au tribunal de *** à cinq ans de prison et dix ans de surveillance pour *vagabondage* et *rupture de ban*, en récidive, avait relevé appel du jugement. Devant le tribunal supérieur, par un caprice étrange, il se désista de son appel, et l'on ne put le faire revenir sur sa résolution. Alors, se rappelant qu'il était, au besoin, le défenseur du prévenu, tout chargé qu'il fût des intérêts de la vindicte publique, le procureur du roi appela *ad mitiorem* à la barre; et comme, à ce qu'il paraît, il y avait eu fausse application de la loi, la surveillance fut supprimée, et les cinq années de prison réduites à trois mois!

Cet exemple (bon à citer, bon à suivre) est tiré du chapitre des *Appels correctionnels*, l'un des plus substantiels du livre, et en même temps des plus difficiles à faire. Le laconisme du Code d'instruction sur quelques règles de cette procédure, embarrasse souvent les magistrats. Ainsi le *rapport* de l'affaire à l'audience, qui tient une si grande place dans les affaires d'appel, n'a donné lieu qu'à ce laconique article : 209. « L'appel sera jugé à l'audience dans le mois, *sur un rapport fait par l'un des juges.* » Il faut un rapport, cela est certain, et l'un des juges doit le faire à l'audience. Mais comment ce rapport sera-t-il présenté? le fera-t-on par écrit, ou verbalement? Quels éléments devra-t-il comprendre? quels autres devront en être écartés? Comment le rapporteur préparera-t-il cet acte si important? Pourra-t-il se contenter de lire les pièces du dossier, ou devra-t-il pressentir les difficultés soulevées par l'appelant, rechercher les documents qui les éclairent et aider par avance la Cour dans son examen et dans son arrêt? Le Code de procédure, art. 111, la jurisprudence répondent à une partie de ces questions; restent celles qui concernent le travail préparatoire du juge. Pour

Digitized by Google

celles-là, l'auteur transcrit deux articles de l'ordonnance d'avril 1453, où l'on trouve, naïvement et utilement tracées, les règles auxquelles devaient obéir alors les conseillers en examinant les dossiers à leur rapport. En lisant ces articles, on trouvera peut-être, à quatre cents ans de distance, que le langage seul en a vieilli.

L'ouvrage de M. Berriat-Saint-Prix, pour être essentiellement un livre d'*application*, n'en est pas moins de ceux qui manquent dans la science. Et dès à présent, sans attendre même le complément de cette œuvre importante, c'est-à-dire la procédure des Cours d'assises, tout lecteur devra reconnaître que l'auteur a pris un bon rang parmi nos criminalistes. PAUL PONT.

L'HISTOIRE ET LA LITTÉRATURE DES SCIENCES POLITIQUES

(*Die Geschichte und litteratur der Staatswissenschaften*), racontée dans une suite de monographies par R. de Mohl. T. II, Erlangen, 1856 [1].

Compte rendu par M. Bergson, docteur en droit.

Résumer dans un cadre étroit les travaux des publicistes, des hommes d'État, des historiens modernes, les classer dans un ordre méthodique d'après la suite des temps et des matières, retracer, reconstituer ainsi avec des éléments bibliographiques le tableau du mouvement et des progrès des sciences politiques chez les principales nations de l'Europe, tel est le problème ardu que M. de Mohl a cherché à résoudre dans le présent ouvrage. M. de Mohl ne saurait, à la vérité, revendiquer à lui seul l'idée première d'un tableau historico-littéraire des sciences politiques. Par une coïncidence remarquable, un tableau pareil a été entrepris il y a quelques années par l'Anglais R. Blackey, dans son ouvrage intitulé *the History of political literature* [2]. Placé à un point de vue encore plus élevé, l'auteur anglais n'a

[1] Sommaire du premier volume, publié en 1855 : Introduction. — Encyclopédie et système des sciences politiques. — *Romans sociaux*. — Esquisse d'une histoire du droit public philosophique. — Histoire et bibliographie de la théorie générale du droit constitutionnel. — Bibliographie moderne du droit des gens. — Droit public de la Suisse. — Droit public des États-Unis de l'Amérique du Nord.

[2] London, 1855, 2 volumes; deux autres ont dû paraître depuis.

Digitized by Google

pas ambitionné moins que de retracer l'histoire littéraire des sciences politiques de toutes les époques et chez tous les peuples, en commençant par la sainte Écriture et l'Égypte, et en la continuant jusqu'à nos jours; mais l'exécution n'a pas répondu à la hardiesse du plan. Moins ambitieux, M. de Mohl a conçu son ouvrage dans des proportions moins vastes. Plus méthodique, il s'est attaché surtout à saisir le mouvement des sciences politiques dans leur progrès et leurs développements successifs. Pour se rendre exactement compte de la richesse d'érudition vraiment prodigieuse dont M. de Mohl a fait preuve dans cette tâche laborieuse, il suffira d'une indication très-sommaire du contenu du second volume que nous avons sous les yeux, et qui traite du droit public de l'Angleterre et de l'Allemagne.

En abordant le tableau du droit public anglais, l'auteur commence par l'examen des ouvrages qui traitent de l'histoire générale de l'Angleterre à ses diverses époques, anglo-saxonne, normande et parlementaire. Des noms connus se présentent sur ces parties si intéressantes de l'histoire anglaise : voici les Bacon, les Millar, Hallam, Lapplenberg, Creazy, Hale, Reeves, Wilkins, Rosenvinge, Spelman, Philips, Palgrave, Kemble, etc., qui se montrent successivement aux regards du lecteur. Vient ensuite l'examen des systèmes du droit public anglais : à côté d'auteurs anglais tels que Blackstone, Brougham, Cox, entrent ici en lice, avec une rivalité généreuse, les auteurs français, tels que Montesquieu, Charles Dupin, Jouffroy, Cottu et Rey.

L'histoire du parlement et des divers éléments qui le composent remplit le troisième chapitre : origines et développement du parlement, ses règlements, sa juridiction, les élections, les bills privés, les priviléges des lords, les prérogatives du *speaker*, forment autant de paragraphes distincts de ce chapitre.

Le chapitre IV traite des rapports territoriaux, de la prérogative royale, de la noblesse, des fonctionnaires publics (*sheriff*, juges de paix, *constable*, *coroner*), du budget, des impôts généraux et locaux.

Dans une section spéciale, l'auteur donne ensuite une longue liste de mémoires, de correspondances et de discours des hommes d'État et des orateurs anglais des XVIIIe et XIXe siècles.

Voici d'abord les mémoires de lord Hervey, de lord Waldegrave, Doddington, sir A. Mitchell, sir R. M. Keith, lord Malmesbury, sir A. Adair, Wilberforce, Buxton, sir Romilly, Mac-

Digitized by Google

kintosh, lord Teignmouth, lord Holland, lord Cloncurry, John O'Connel.

A la suite des mémoires viennent les correspondances du duc de Marlborough, de lord Bolingbroke, des deux Walpole, de lord Marchemont, lord Chesterfield, lord Chatam, Grenville, des ducs de Buckingham et de Bedford, de Burke, lord Wellesley, du duc de Wellington et de lord Castlereagh.

M. de Mohl s'arrête avec une prédilection marquée à l'analyse des discours de Burke, de Fox, Pitt, Sheridan, de lord Erskine, Canning, Huskisson, du duc de Wellington et de lord Brougham, qui forment l'objet d'une appréciation exacte et pleine de finesse.

Une notice sommaire des biographies des hommes parlementaires les plus éminents termine la partie consacrée au droit public anglais.

I. Le droit public de l'Allemagne, depuis la création de la Confédération germanique, forme la seconde partie du présent volume.

Les sources du droit fédéral, le droit commun allemand, l'histoire de l'Allemagne depuis la dissolution de l'empire, le droit fédéral, les rapports de la diète avec les souverains membres de la Confédération, l'organisation politique, judiciaire et militaire de la diète, l'histoire de la formation des territoires, les droits des souverains allemands dans leurs rapports privés; les divers états : la noblesse, la bourgeoisie, les villes et les paysans; le droit constitutionnel et administratif, composent autant de sujets distincts d'une littérature d'une richesse prodigieuse, et qu'ont illustrée successivement les Eichhorn, Grimm, Klüber, Zachariæ, Maurer, Maurenbrecher, Hullmann, etc.

Enfin une galerie de douze portraits esquissés de main de maître des publicistes les plus éminents de l'Allemagne, termine ce remarquable volume. Ces portraits reflètent la vie politique et littéraire de l'Allemagne des XVIIIe et XIXe siècles. Je vais essayer d'en reproduire dans les termes les plus concis les traits les plus saillants.

Voici d'abord les mâles figures des deux Moser. Le vénérable Jean-Jacques Moser est resté le vrai modèle d'un professeur allemand de la vieille souche. La jurisprudence allemande le regarde à juste titre comme le *père du droit public* et du droit des *gens*. La liste de ses ouvrages justifie suffisamment ce titre : elle at-

Digitized by Google

teint le chiffre prodigieux de trois cent douze ouvrages en cinq à six cents volumes, ainsi qu'il l'a constaté lui-même avec complaisance, dont quatre-vingt-trois gros volumes in-4° traitent du droit public, vingt du droit des gens, etc. On se rend aujourd'hui difficilement compte d'une fécondité d'érudition aussi prodigieuse.

Moins fécond, mais plus pratique, plus ardent, son fils, Frédéric-Charles de *Moser*, s'est posé en adversaire implacable des abus de ce régime déplorable qui allait succomber bientôt par ses propres excès. Les petits souverains allemands de cette époque se plaisaient à copier Versailles; leurs petites cours formaient de pâles satellites de l'astre qui brillait à Versailles. Ces princes misérables vendaient leurs sujets comme de vils troupeaux aux souverains de l'Europe. Dans un langage inconnu jusqu'alors, de Moser flétrissait ces abus éhontés et osait prédire, au prix de persécutions de toute sa vie, la chute d'un régime qui avait perdu tout sentiment de justice et de morale.

Il est difficile de se rendre compte des institutions du saint empire romain (germanique) sans rencontrer à chaque pas les travaux de l'infatigable *Pütter*. Aucun auteur n'a pénétré aussi profondément que lui dans les arcanes de l'organisation si savante, si compliquée de ce corps vieilli qui, longtemps avant sa dissolution officielle en 1803, n'était plus qu'un corps pourri qui avait cessé de donner aucun signe de vie.

Enseignant à la même université de Gœttingue, illustrée depuis par tant de sommités de la science et de la jurisprudence, l'historien *Schlözer* a acquis une autorité et une influence peu communes. Son célèbre recueil politique intitulé *Staatsanzeiger*, a obtenu un succès qui s'étendait au delà des limites de l'Allemagne, et qui n'a pas été surpassé depuis. De puissants souverains, Catherine II, Marie-Thérèse, Joseph II, prêtaient l'oreille à la voix de l'oracle de Gœttingue. Les petits souverains écoutaient avec anxiété cette voix redoutable qui soumettait leurs actes au contrôle de la publicité. Schlözer ne saurait être regardé comme un libéral de l'école moderne : la guerre d'indépendance de l'Amérique du Nord, l'insurrection des patriotes hollandais, la révolution française, rencontraient en lui un adversaire très-prononcé. Hostile à tout mouvement démagogique, à toute espèce de gouvernement par masses, partisan d'un gouvernement aristocratique éclairé, il s'est posé en cham-

Digitized by Google

pion ardent des principes de respect des lois établies et de tolérance religieuse. L'histoire universelle lui doit de précieuses recherches, notamment sur les origines des peuples du nord de la Russie et de la Suède.

Une troisième sommité illustrait à la même époque l'université de Gœttingue : c'était Georges-Frédéric de *Martens;* son nom est inscrit au premier rang parmi les auteurs du droit international de l'Europe; il l'a servi par ses ouvrages, par son enseignement et par sa participation aux affaires actives de la diplomatie. Son *Précis du droit des gens*, dont M. Vergé vient de publier une édition richement annotée [1], est l'un des ouvrages les plus clairs, les plus nets qui aient paru sur cette matière. Son *Recueil des traités*, avec les suppléments, dont il a publié lui-même les huit premiers volumes, et qui ont été continués jusqu'à nos jours, forme la collection diplomatique la plus complète qui existe.

De Martens rencontrait un rival heureux dans *Klüber*. Le *Droit des gens moderne*, écrit en français d'abord (1819) et ensuite en allemand (1821), et plus encore les *Actes du congrès de Vienne* (1815-1830, en neuf volumes) lui assurent une place élevée dans cette branche si intéressante de la science juridique moderne. Ce n'est pas le titre unique qui justifie sa haute renommée; il en a un autre tout aussi considérable. Établi pendant vingt ans au siége même de la Confédération germanique, venu à la suite d'une époque qui finissait et au début d'une autre qui allait s'ouvrir, il a été l'interprète le plus exact du droit public actuel de l'Allemagne, qu'il a vu naître et dont il a su rattacher les origines au droit séculaire de l'ancien empire germanique : il a eu ainsi le bonheur de succéder aux Moser et aux Pütter, tout en les surpassant.

M. *Zachariæ* (de Lingenthal) a été le vrai type d'un savant allemand, avec tous ses défauts. Doué d'une facilité, d'une fécondité merveilleuse, il s'est essayé avec succès dans toutes les branches de la science juridique. Droit criminel, droit ecclésiastique, droit féodal, droit civil, il a abordé successivement ces diverses matières, sans compter la foule de ses mémoires et déductions d'avocat. Profond logicien, maître de la matière qu'il traite et de sa construction méthodique, mais égaré par

[1] Paris, Guillaumin, 1858.

Digitized by Google

une vanité outrée, il se plaisait dans les jeux d'une dialectique pleine de sophismes. Il ambitionnait la gloire d'une nature exceptionnelle, et il l'a obtenue. Le *Manuel du droit civil français* et *les Quarante livres de l'Etat* suffisent seuls pour lui assurer ce titre d'une manière durable.

A la suite de ces mâles figures dont la sérénité de regard n'est troublée par aucune passion, dont l'existence paisible s'est écoulée dans l'enceinte tranquille des chaires universitaires, viennent dans ce groupe de publicistes les figures au regard passionné, dont l'existence est marquée par la polémique et la lutte acharnée. En première ligne se présente M. de Gentz[1]. La France impériale, comme le mouvement libéral qui a succédé en Allemagne à la chute du premier empire, n'ont pas rencontré un adversaire plus implacable. Mêlé à toutes les transactions diplomatiques de cette époque orageuse, homme d'un talent supérieur, mais d'un misérable caractère, il voua sa plume aux inspirations de la fortune et des honneurs. Ses ouvrages, dont on ne saurait méconnaître la puissance et le cachet original, ont eu par-dessus tout le mérite de l'actualité et de la spécialité. C'est lui qui exaltait la politique anglaise au détriment de la France. C'est lui qui, par un étrange sophisme, osait soutenir que c'est la France qui n'avait jamais respecté les droits des neutres, qu'aucun autre Code maritime n'avait poussé aussi loin que le sien le mépris de la liberté du commerce neutre!

La Suisse a donné un digne rival à de Gentz et à de Maistre dans M. de *Haller*. Peu de publicistes ont été l'objet de plus d'éloges et d'autant de blâme. Sorti des rangs du parti libéral, il s'est posé en adversaire acharné du nouvel état des choses issu de la révolution, et il a continué sa lutte pendant un demi-siècle avec une rare persévérance. Sa *Restauration des sciences politiques*, commencée en 1816 et terminée en 1834, n'est qu'une longue négation du droit public. Selon M. de Haller, les rapports réciproques du prince avec ses sujets comme ceux des sujets entre eux, sont d'une nature purement *privée*. Il n'existe dans l'État qu'un droit privé, base de tous les rapports sociaux. Son État idéal, c'est l'État patrimonial[2].

[1] V. l'esquisse intéressante de M. de Gentz dans les *Diplomates et publicistes*, par M. Ch. Vergé. Paris, Guillaumin, 1855.

[2] V. mon compte rendu dans la *Revue critique*, 1855, t. VII, p. 471, et mon *Droit international public de l'Europe*, p. 24.

Digitized by Google

Sorti de l'école de M. de Haller, M. *Jarcke* s'est séparé cependant de son maître, en proclamant le principe de l'autorité théocratique de l'État. Tout en s'appuyant sur le régime de la force matérielle comme fondement des rapports sociaux, l'État, selon M. de Jarcke, contient en même temps un autre élément, celui de la volonté humaine obéissant aux préceptes de la religion. C'est la religion qui fixe les devoirs réciproques du souverain et de ses sujets. L'État, il est vrai, peut, dans ses rapports avec l'Église, choisir entre trois voies distinctes. Protecteur naturel de l'Église, il peut se soumettre d'une manière absolue et sans contrôle à ses commandements; ou bien il ne voit dans l'Église qu'un instrument docile, capable de servir ses desseins; ou bien enfin, tombé au dernier degré de décadence et hostile à l'Église, il cherche par tous les moyens à la dépouiller de son influence légitime. Il est inutile d'ajouter que c'est la première voie qui seule paraît à M. Jarcke assurer d'une manière efficace le salut de l'État et le bonheur des sujets.

A ces champions du principe théocratique et patrimonial de l'État, il fallait un adversaire d'une trempe peu commune : l'Allemagne l'a trouvé dans Charles de *Rotteck*. Aucun de ses publicistes n'a acquis une popularité aussi générale et incontestée, aucun n'a plus contribué à l'éducation politique du peuple allemand. Il s'est qualifié lui-même « le défenseur du droit rationnel envahi par l'école historique. » Son Histoire universelle et son manuel du *droit public et rationnel* ont été de puissants leviers du mouvement libéral qui a succédé à la révolution de 1830. Pour M. de Rotteck, l'histoire n'a pas précisément pour objet de fournir des noms et des dates; sa véritable mission consiste à marquer le progrès continu de l'espèce humaine, les aspirations éternelles de l'humanité vers la liberté civile et politique. Il ne se soucie guère de fouiller dans de vieux textes pour mettre au jour des faits encore ignorés ou peu connus; ce qui le préoccupe, c'est l'ensemble du tableau et le point de vue général. Il ne voit dans tout le moyen âge que la suite de dix siècles de barbarie qui n'offrent au regard rien de réjouissant ni de bien intéressant (*weder erfrenlich noch sehr interessant*). L'histoire moderne, il la juge comme un libéral du parti de l'opposition. On a dit avec raison que son Histoire universelle était l'histoire jugée au point de vue de notre époque[1]. Voilà

[1] *Eine Weltgeschichte im Lichte unserer Zeit* (Pölitz).

Digitized by Google

une dizaine d'années à peine qui nous sépare de l'époque qui comptait M. de Rotteck parmi ses coryphées, et plaçait son livre, tiré à plus de vingt éditions, et qui passionnait les années de notre jeunesse, au premier rang : nos idées, il faut bien en convenir, ont singulièrement vieilli depuis !

Un portrait d'un genre différent, celui de Charles-Frédéric d'*Eichhorn*, vient clore cette longue galerie de publicistes célèbres et d'une valeur si inégale. M. Eichhorn était le fondateur et le chef de l'école germanique, dont l'influence s'est fait ressentir si profondément en France. Son *Histoire du droit public et privé de l'Allemagne* est une œuvre non encore surpassée par aucun de ses disciples. Ses Manuels de droit privé allemand et de droit canon sont également des ouvrages très-estimés. Il a été reproché, il est vrai, aux travaux de M. Eichhorn d'être restés *stéréotypes*. Il n'a pas suffisamment tenu compte des travaux de ses devanciers et des auteurs contemporains. Il était dépourvu du sens littéraire et systématique ; son style est lourd et embarrassé. Une partie de ces défauts, Eichhorn les partageait avec l'autre chef de l'école historique, Charles-Frédéric de Savigny.

Disons en terminant que le livre de M. de Mohl contient une véritable encyclopédie d'une littérature classée pour la première fois par lui avec une patience d'érudition devenue trop rare de nos jours. C'est un travail de bénédictin un peu sec et aride, dépourvu de tout ornement de style et de couleur, mais plein de faits et d'idées suffisant pour remplir des volumes.

Dans un prochain article nous examinerons le troisième volume, tout récemment publié. BERGSON.

COMPTE RE NDUDES SÉANCES ET DES TRAVAUX

De l'Académie des sciences morales et politiques ; par M. Ch. Vergé, avocat, docteur en droit, sous la direction de M. Mignet, secrétaire perpétuel de l'Académie.

Le *Compte rendu des séances et des travaux de l'Académie des sciences morales et politiques* en est maintenant à la troisième série. Ce recueil, rédigé avec autant de goût que de talent, se compose de quarante-six volumes embrassant la période de

Digitized by Google

1842 à 1858. Il en reste un très-petit nombre d'exemplaires complets, trop petit si l'on songe que par son importance, par son objet, par la diversité des matières dont il traite, ce recueil pourrait et devrait entrer, comme un complément nécessaire, dans toutes les bibliothèques, en France et à l'étranger.

Les livraisons de janvier et de février 1859 ont déjà paru. Elles contiennent, entre autres choses : des fragments très-remarquables d'un ouvrage ayant pour titre *Histoire et progrès de la législation criminelle et de la science pénale, depuis le milieu du XVIIIe siècle jusqu'à nos jours*, par M. Kœnigswarter; la fin d'un mémoire sur les ordonnances de d'Aguesseau, par M. Francis Monnier; des fragments d'une notice sur la vie et le rôle politique de Mme des Ursins, d'après des documents inédits, par M. A. Geffroy ; un mémoire sur la philosophie de l'éducation, par M. le baron Roger de Guimps; un mémoire sur l'économie politique en Italie, par M. Wolowski; une note sur le mouvement de la population en France, de 1789 à 1856, par M. L. de Lavergne, etc. On voit par là qu'on ne saurait trop louer M. Ch. Vergé pour le soin avec lequel il poursuit l'une des publications les plus dignes de l'attention du monde savant.

BULLETIN DE LA LÉGISLATION FRANÇAISE,

Donnant immédiatement après leur promulgation les lois et décrets d'intérêt général; par M. Louis Tripier, avocat à la Cour impériale de Paris, docteur en droit.

En entreprenant la publication d'un *Bulletin de la législation française*, M. Louis Tripier s'est proposé de combler une lacune dont les praticiens ont souvent ressenti les inconvénients. Il a voulu donner, immédiatement après la promulgation des lois nouvelles, des textes qu'on se procurait difficilement en attendant qu'on pût les trouver imprimés dans des recueils annuels, plus ou moins empressés de les reproduire. Les souscripteurs au *Bulletin de la législation française* s'épargneront cet embarras; car ils recevront, immédiatement après la promulgation des lois d'intérêt général, des bulletins successifs, qui, réunis à la fin de l'année, formeront un volume semblable à celui de l'année 1858, que nous avons sous les yeux. Nous ne saurions

Digitized by Google

trop recommander cette publication qui, dans son économie, présente les avantages du *Bulletin des lois*, avec cette circonstance que, dégagée des actes législatifs pris dans un intérêt particulier ou individuel, elle est infiniment moins compliquée et se prête mieux aux recherches.

CHRONIQUE.

Dans la séance du 29 janvier dernier, l'Académie des sciences morales et politiques, sur la proposition de la Section de législation et de droit public, faite à l'unanimité, a admis M. F. Laferrière, inspecteur général des Facultés de droit et membre de cette Académie (Section de politique, administration et finances), dans la Section de législation, à la place laissée vacante par le décès de M. le comte Portalis. (*Moniteur* du 7 février 1859.)

Le concours pour l'agrégation des Facultés de droit, ouvert le 1er décembre 1858, a été clos le 29 janvier 1859, après des épreuves de leçons et d'argumentations sur le droit romain et sur le droit français, qui ont attiré l'attention publique et fait honneur à la force des études comme à la savante préparation des candidats.

Le jury de concours a dressé sa liste par ordre de mérite en faveur de *douze candidats* au lieu de *neuf*, par suite de l'addition de trois places nouvellement créées, que le ministre, par arrêtés des 18 et 28 janvier, a mises à la disposition du jury.

Les candidats qui ont figuré sur cette liste définitive pour l'agrégation, ont été nommés presque tous à l'unanimité dans l'ordre suivant :

MM. Gide,
Gueymard,
Ducrocq,
Carel,
Hüc,
Humbert,

Digitized by Google

MM. Lederlin,
Léveillé,
Arnault-Ménardière,
Poubelle,
Périer,
Minier.

Les douze agrégés ont été institués par arrêté du 2 février 1859, et attachés aux Facultés suivantes par arrêté du 12 février :

1° A la Faculté de droit de Paris, M. P. Gide;
2° A la Faculté de Caen, MM. Carel et Poubelle;
3° A la Faculté de Grenoble, MM. Gueymard et Périer;
4° A la Faculté de Poitiers, MM. Ducrocq et Minier;
5° A la Faculté de Rennes, MM. Léveillé et Arnault-Ménardière;
6° A la Faculté de Strasbourg, M. Lederlin.
7° A la Faculté de Toulouse, MM. Hüc et Humbert.

(*Journal général de l'instruct. publique* du 16 février 1859.)

Digitized by Google

TABLE DES MATIÈRES

PAR ORDRE ALPHABÉTIQUE.

Pages.

Académie des sciences morales et politiques. — Admission de M. Laferrière dans la section de législation. . 580

— — V. Bibliographie.

Administration de la justice civile. — Jugements et arrêts. 253

Aveux. V. Comparution des parties.

Bénéfice d'inventaire et séparation de patrimoines. 63

Bibliographie. — Cours de Code pénal et Leçons de législation criminelle de M. Bertauld. 76

— Études biographiques sur l'ancienne magistrature française. — Guillaume du Vair, — Antoine Lemaistre, par C.-A. Sapey. 91

— De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français, par M. Massol. 278

— Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal, par M. Burdet. 284

— Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, par M. G. Demante. 372

— Explication des passages de droit privé dans les œuvres de Cicéron, par M. G. de Caqueray. 377

— De la procédure des tribunaux criminels, deuxième partie, par M. Berriat-Saint-Prix. 565

— Histoire et littérature des sciences politiques, par M. de Mohl. 572

— Compte rendu des séances de l'Académie des sciences morales et politiques, par M. Vergé. 579

— Bulletin de la législation française, par M. Louis Tripier. 580

Brocards. — De leur emploi au Palais. 39

Circonstances tant aggravantes qu'atténuantes. 305

Chronique. — Arrêté qui nomme les membres du jury du concours ouvert à Paris, le 1er décembre 1858, pour des places d'agrégés près les Facultés de droit. 383

— Ouverture du concours et décision du jury sur les épreuves préparatoires et l'admission aux épreuves définitives. . . 491

— Clôture du concours et arrêté qui institue les candidats désignés par le jury. 580

— Académie de législation de Toulouse. — Concours entre les lauréats universitaires. 492

Codification. V. Lettre des lois.

Communes. V. Fabriques.

Digitized by Google

Pages.
Comparution de parties. — Dans quelle forme doivent être constatés les réponses et aveux. 558
Compétence de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire en matière de travaux et d'expropriation publics. 97
Conclusions du ministère public. — Études judiciaires. 345
Condamnations prononcées par les tribunaux étrangers dans leur rapport avec l'application des peines de la récidive en France. 469
Curés et desservants. — Logement. V. Fabriques.
Déchéance. V. Hypothèque légale.
Délibération et rédaction des jugements et arrêts. 349
Démence. V. Prescription.
Droit canonique. — Son influence sur la législation criminelle. 441
Droit criminel. V. Prescription.
Excuses. V. Imputabilité.
Fabriques et communes. — Leurs obligations respectives relativement aux dépenses du culte catholique. — Logement des curés. 16
Hypothèque légale. — A quelle époque le mineur, sous la tutelle légale de son père, encourt-il, comme héritier de sa mère, la déchéance prononcée par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855?. 548
Imputabilité du délit. — Excuses péremptoires. 110
Ivresse. — De la nécessité de la réprimer. 513
Lettre des lois, ou codification et rédaction rationnelles des lois. — Deuxième partie. 180
Mineur. V. Hypothèque légale.
Prescription. — Court-elle en faveur de l'accusé qui, à raison de son état de démence, ne peut être soumis aux débats et demeure enfermé pendant plus dix ans à la suite de l'arrêt qui le met en accusation? 497
— La maxime *contrà non valentem agere*, etc., peut-elle être invoquée en matière criminelle? 497
Privilége des propriétaires. — Examen doctrinal d'arrêts. 385
Récidive. V. Condamnations par les tribunaux étrangers.
Régime hypothécaire en Italie (Aperçu sur le). 55
Réserve des ascendants. — Quand un petit-fils a exhérédé tous ses frères par l'institution d'un étranger, l'aïeul peut-il exercer sa réserve légale avant que les frères du testateur aient fait acte de renonciation? 1
— Saisine des aïeuls. 413
Retrait successoral. — Peut-il être exercé lorsque la cession a pour objet une part déterminée d'un immeuble indivis? 530
Sciences politiques. V. Bibliographie.
Science des législations comparées. — Dernières idées de l'Italie relatives à la science du droit. 235
Séparation des patrimoines. 140
— V. Bénéfice d'inventaire.
Titres au porteur. — Destruction. — Perte. — Vol. — Duplicata. . . . 419
Tribunaux criminels. V. Bibliographie.
Vente au poids, à la mesure ou au nombre, de marchandises renfermées dans un lieu déterminé. 289

Digitized by Google

TABLE DES ARTICLES

PAR NOMS DES AUTEURS.

Pages.

ANCELOT : De l'emploi des brocards au Palais. 39

AUCOC : Obligations respectives des fabriques et des communes relativement aux dépenses du culte catholique, et en particulier au logement des curés et desservants. 16

BENEDETTO CASTIGLIA : De la science des législations comparées, à propos d'un ouvrage de M. Americo Amari de Palerme. 235

BERGSON : Bibliographie. — Histoire et littérature des sciences politiques, par M. de Mohl. 572

ED. BODIN : Bibliographie. — Explication des passages de droit privé dans les œuvres de Cicéron, par M. G. de Caqueray. . . . 377

COIN-DELISLE : Examen doctrinal d'arrêts relatifs à la réserve des ascendants. 1

— Bibliographie. — Études biographiques sur l'ancienne magistrature française.—Guillaume du Vair,—Antoine Lemaistre, par C.-A. Sapey. 91

— Examen doctrinal d'un arrêt sur les effets, quant à la transmission de propriété, des ventes de marchandises au poids, à la mesure ou au nombre, renfermées dans un lieu déterminé. 289

— Examen doctrinal d'arrêts sur le privilége des propriétaires et sur la saisine des aïeuls envers les légataires. 385

DEROME : Du retrait successoral lorsque la cession a pour objet une part déterminée dans un immeuble indivis. 530

F. DOLLINGER : De la séparation des patrimoines. — Première partie. . 140

L.-A. EYSSAUTIER : Bibliographie. — Exposition de la doctrine romaine sur le régime dotal, par M. Burdet. 284

FLANDIN : Le propriétaire de valeurs au porteur est-il fondé, en cas de perte ou de vol de ces valeurs, à exiger de la compagnie qui les a émis des duplicata sous caution?. 419

GUSTAVE ROUSSET : De la lettre des lois, ou de la codification et de la rédaction rationnelles des lois. — Deuxième partie. 180

F. HÉLIE : Examen de la jurisprudence en matière criminelle. 497

LAFONTAINE : Comparution des parties, aveux, constatation. 558

LAVIELLE : Études judiciaires. — Jugements et arrêts. — § 1. Rapports du juge. 253

§ 2. Conclusions du ministère public. — § 3. Rédaction des jugements et arrêts. 345

LOUIS BOSSELLINI : Aperçu sur le régime hypothécaire en Italie. 55

Digitized by Google

Pages.

De Neyremand : De la nécessité de réprimer l'ivresse. 513
Nicollet : A quelle époque le mineur, sous la tutelle légale de son père, encourt-il, comme héritier de sa mère, la déchéance prononcée par l'article 8 de la loi du 23 mars 1855 ? 548
E. Paringault : Des condamnations prononcées par les tribunaux étrangers dans leur rapport avec l'application des peines de la récidive en France. 469
Paul Pont : Bibliographie. — Traité de la procédure des tribunaux criminels ; deuxième partie ; par M. Berriat-Saint-Prix. 565
— — Séances et travaux de l'Académie des sciences morales et politiques. — Compte rendu par M. Vergé. 579
— — Bulletin de la législation française, par M. Tripier. 580
Serrigny : Du bénéfice d'inventaire et de la séparation des patrimoines. 63
— Examen de la jurisprudence du Conseil d'État et des Cours judiciaires sur les limites de la compétence de l'autorité administrative et de l'autorité judiciaire en matière de travaux et d'expropriation publics. 97
— Bibliographie. — Exposition raisonnée des principes de l'enregistrement, par M. G. Demante. 372
Théophile Huc : Bibliographie. — De l'obligation naturelle en droit romain et en droit français. 278
— Influence du droit canonique sur la législation criminelle. . . 441
J. Tissot : De l'imputabilité du délit. — Des excuses péremptoires. . . 110
— Circonstances tant aggravantes qu'atténuantes. 305
Victor Molinier : Bibliographie. — Cours de Code pénal et Leçons de législation criminelle, par M. Bertauld. 76

Digitized by Google

ERRATA.

Page 373, *ligne* 25, *au lieu de* la *prescription* des droits d'enregistrement, *lisez* la *perception.*

— 375, — 28, *au lieu de* 1/3 p. 100, *lisez* 1/5 p. 100.

Paris. — Imprimé par E. Thunot et C°, rue Racine, 26.

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google

Digitized by Google